Copyright © King Saud University

٤٤٦٧

Copyright © King Saud University

٢١٦،٣ تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تأليف الحطاب
ت ٠ح
محمد بن محمد - ٩٥٤هـ. بخط عبدالفتاح بن محمد الشبراوي
المالكي ١٢/١٠/١٠١٢هـ

١٤٥ ق ٢١ س ٢٠×٥ر١٣ســم

٢٣٦٧ نسخة جيدة، خطها نسخ معتاد، طبع .
الأعلام ٧ : ٢٨٦، معجم المطبوعات ١ : ٧٨٠
١- المعاملات (الفقه الاسلامي) أصوله أ- المؤلف
ب- الناسخ ج- تاريخ النسخ.

Copyright © King Saud University

كتاب تحرير الكلام في مسائل الالتزام

لسيدنا ومولانا الشيخ الامام العالم العلامة

العمدة الفهامة شمس الدين محمد بن محمد بن

عبد الرحمن الحطاب الرعيني

الخزرجي المالكي تغمده

الله برحمته واسكنه فسيح

جنته امين

امين

١/٥٩٥ ف
١٣٩٩/٦/١٠م

مكتبة جامعة الرياض — قسم المخطوطات
اسم الكتاب تحرير الكلام في مسائل الالتزام الرقم ٢٣٦٧
اسم المؤلف الحطاب محمد بن محمد بن عبد الرحمن (-٩٥٤هـ)
تاريخ ١١١٠هـ
١٤٥ ق ٢٠×١٣٫٥ سم
فقه المذهب المالكي

Copyright © King Saud University

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد واله وسلم

الحمد لله الذى الزم عباده المومنين بالوفاء بالعقود، وامرهم في كتابه
وعلى لسان نبيه محمد صلى الله عليه وسلم بحفظ المواثيق والعهود، ومدح
نفسه وكثيرا من خواصه بالوفا بالوعد، ووصف بضد ذلك ابليس
ومن والاه من ذوى البعد والطرد، والصلاة والسلام على سيدنا
محمد نبيه المصطفى، وعلى اله واصحابه اولى الصدق والوفا،
مالاح نجم فى الافاق واختفى وبعد فقد شاع عن مذهب
الامام مالك رضي الله عنه الحكم بالالتزام، وكثر السوال عن ذلك
عند التشاجر والخصام، ولم يكن له فى كتب اهل المذهب باب ولا
فصل مقرر، ولا علمت فيه مصنفا يوخذ حكمه منه ويحرر، بل مسايله
متفرقة في الكتب والابواب، كثيرة التشعب والاضطراب، وليس الحكم
على الاطلاق بصواب، بل منه ما يقضى به على الشخص ويحكم،
ومنه ما يومر به المكلف فقط ولا يقضى به عليه ولا يلزم، ومنه باطل
لا يومر ملتزمه بالوفا به بل يحرم ذلك عليه ويأثم فاستخرت الله تعالى
في جمع ما تيسر من مسايله وضبط اقسامه، وتبيين مشكله وتحرير
احكامه بحسب ما ادى اليه فهمي الفاتر، وعلمي القاصر، مع اعترافي
بقلة الفهم وكثرة الخطا والزلل، وقصور الباع، وخلو الرباع
من العلم ومن صالح العمل هذا مع علمي بان المصنفين في الابواب
المقررة والمسايل المشتهرة يقع منهم الخطا في عدة من المسايل
وفي كثير من التوجيهات والدلايل، فكيف بالتصنيف في باب لم تحصر
مسايله تصنيف، ولم يضبط قواعده تاليف، لكني قصدت ان افتح الكلام

في هذا الباب، وربما ياتي شخص يبين ما في كلامي من خطا او صواب،
ويضم الى ما ذكرته ما شاكله من المسايل فتحصل بذلك الفايدة للمستفيدين
ويتحرر بذلك الصواب للمسترشدين وسميته تحرير
الكلام في مسايل الالتزام، واسال الله العظيم ان يجعل ذلك
خالصا لوجهه الكريم، وان ينفع بذلك ويجعله موجبا للفوز
بالقرب في جنات النعيم ورتبته على مقدمة واربعة ابواب وخاتمة
اما المقدمة ففي بيان معنى الالتزام وبيان اركانه وشروط كل
ركن منها فاقول مدلول الالتزام لغة الزام الشخص نفسه ما لم
يكن لازما له وهو بهذا المعنى شامل للبيع والاجارة والنكاح
والطلاق وساير العقود واما في عرف الفقها فهو الزام الشخص
نفسه شيا من المعروف مطلقا او معلقا على شي فهو بمعنى العطية
وقد يطلق في العرف على ما هو اخص من ذلك وهو التزام المعروف
بلفظ الالتزام وهو الغالب في عرف الناس اليوم واركان الالتزام
اربعة كاركان الهبة الملتزم بكسر الزاي والملتزم له والملتزم به
والصيغة فيشترط في كل ركن منها ما يشترط في الهبة كما تدل على
ذلك مسايلهم فاما الركن الاول وهو الملتزم فيشترط فيه
ان يكون اهلا للتبرع وهو المكلف الذى لا حجر عليه بوجه وليس
بمكره فلا يلزم التزام المحجور عليه كالسفيه والماذون له في التجارة
والمكاتب والمعتق بعضه ومن احاط الدين بماله والمكره والزوجة
والمريض فيما زاد على الثلث نعم سياتي في الباب الثالث ان من انواع
الالتزام ما يكون من باب المعاوضة فيشترط فيه في الملتزم اهلية

وذلك الرشد وعدمه واما الركن الثاني وهو الملتزم له فهو من يصح
ان يملك او يملك الناس الانتفاع به كالمساجد والقناطر واما
الركن الثالث وهو الملتزم به فهو كل ما فيه منفعة وسواء
كان فيه غرر ام لا الا فيما كان من باب المعاوضة فيشترط
فيه انتفا الغرر كما سياتي واما الركن الرابع وهي الصيغة
فهي لفظ او ما يقوم مقامه من اشارة او نحوها يدل على
الزام الشخص نفسه ما التزمه واعلم ان الالتزام اذا لم
يكن على وجه المعاوضة فلا يتم الا بالحيازة ويبطل بالموت
وبالفلس قبلها كما في ساير التبرعات وسياتي التنبيه على
ذلك وينقسم الالتزام على اربعة اقسام لانه اما معلق او
غير معلق والمعلق اما معلق على فعل الملتزم بكسر الزاي او على
فعل الملتزم له بفتح الزاي او على غير ذلك فانحصر الكلام فيه
في اربعة ابواب واما الخاتمة ففي ذكر مسايل اسقاط الحق
قبل وجوبه ومسايل الشروط المخالفة لمقتضى العقد

الباب الاول في الالتزام الذي ليس بمعلق وهو الزام
الشخص نفسه شيا من المعروف من غير تعليق على شي فدخل
في ذلك الصدقة والهبة والحبس والعارية والعمرى والعرية
والمنحة والارفاق والاخدام والاسكان والنذر اذا كان
غير معلق والالتزام بالمعنى الاخص اعني بلفظ الالتزام
والفرق بين هذه الحقايق انما هو بامور اعتبارية اعتبرها
الفقها في كل باب فخصوا الصدقة والهبة بتمليك الرقاب

وجعلوا

وجعلوا الاولى فيما كان لقصد الثواب من الله تعالى خاصة والثانية
فيما كان لقصد ثواب من المعطى لصداقة او قرابة ونحو ذلك
وخصوا الحبس وما بعده الى الاسكان باعطا المنفعة فان كان ذلك
على التابيد فهو الحبس وان كان ذلك مدة حياة المعطى فهو العمرى
وان كان محدود المدة او غير محدود فهو العارية فان كان ذلك في عقار
اطلق عليه الاسكان وان كان في ثمرة اطلق عليه العرية وان كان
في غلة حيوان اطلق عليه المنحة وان كان في خدمة عبد اطلق عليه
الاخدام وان كان في منافع تتعلق بالعقار اطلق عليه الارفاق
وخصوا الضمان بالتزام الدين لمن هو له او الزام احضار من
هو عليه لمن هو له وخصوا النذر المطلق بالتزام طاعة الله تعالى
بنية القربة والالتزام الاخص بما كان بلفظ الالتزام كما تقدم
وتخرج العدة لانه لا التزام فيها وسياتي الكلام على ما يقضى به منها
وما لا يقضى ان شا الله تعالى وهذا القسم يقضى به على الملتزم
ما لم يفلس او يموت او يمرض مرض الموت ان كان الملتزم له بفتح
الزاي معينا ولا اعلم في القضا به خلافا الا على القول بان الهبة
لا تلزم بالقول وهو خلاف المعروف من المذهب بل نقل ابن رشد
الاتفاق على لزوم الهبة بالقول وان كان الملتزم له غير معين فسياتي
الكلام عليه في فصل مستقل بعد هذا ان شا الله تعالى قال ابن عرفة
والمعروف لزوم العطية بعقدها ابن زرقون قال المازري
للواهب الرجوع في هبته قبل حوزها عند جماعة وفي قوله شاذة
عندنا وحكاها الطحاوي عن ملك وحكاها ابن خويز منداد عن مالك

Copyright © King Saud University

ابن عرفة مقدم في الحبس نقل ابن رشد الانفاق انتهى هذا حكم مطلق
العطية والالتزام نوع منهما بل ربما كان اقوى من حيثية دلالة
لفظ الالتزام علي الايجاب والامضا قال مالك في كتاب الحمالة من
المدونة وان اشهد رجل علي نفسه انه ضامن لما يقضي به لفلان علي
فلان او قال انا كفيل بما لفلان علي فلان وهما حاضران او غايبان او
احدهما غايب لزمه ما اوجبه علي نفسه من الكفالة والضمان لان
ذلك معروف والمعروف من اوجبه علي نفسه لزمه وقال في كتاب
المديان ومن ضمن لرجل ماله علي ميت ثم بدى له فقد لزمه ذلك لان
المعروف كله اذا شهد به علي نفسه لزمه انتهى قلت وذكر الاشهاد
هنا ليس شرطا في اللزوم وانما خرج مخرج الغالب كما يظهر ذلك مما قبله
ومما سياتي والله اعلم وقال في اخر سماع اشهب من كتاب العارية قال
اشهب سمعت مالكا يسئل عن رجل قال لبعته بع ولا نقص عليك
فقال لو قال له قولا بينا ثم رجع لم ار له ذلك وراينه لازما قال
ابن رشد وهذا كما قال انه اذا قال له بعد البيع بع ولا نقصان
عليك اي والنقصان علي وهذا امر قد اوجبه علي نفسه والمعروف
علي مذهب مالك وجميع اصحابه لازم لمن اوجبه علي نفسه ما لم يمت
او يفلس وسوا قال له ذلك قبل ان ينقد او بعد ما انتقد الا ان يقول
له قبل ان ينتقد انقدني وبع ولا نقصان عليك فلا يجوز ذلك لانه بيع
بيع وسلف انتهى وهذه المسيلة من مسايل الالتزام المعلق علي فعل الملتزم
له الذي فيه منفعة له فهي من مسايل النوع السادس من الباب الثالث
وسياتي الكلام عليها ان شا الله تعالى هناك مع ذكر الفروع المتعلقة بها

وقال

وقال ابن عرفة في كتاب العارية والوفا بها لازم لانه معروف وفيها
من الزم نفسه معروفا لزمه انتهى وقد يتبادر الي الفهم ان النص
الذي ذكره ابن عرفة عن المدونة في كتاب العارية وليس هو فيه وانما
المذكور في المدونة ما تقدم عن كتاب الحمالة وعن كتاب المديان وقد
اغتر بذلك بعض طلبة العلم فنسب النص المذكور لكتاب العارية
من المدونة وليس هو فيه مسالة من التزم الانفاق علي شخص
مدة معينة او مدة حياة المنفق او المنفق عليه او حتى يقدم زيد
او الي اجل مجهول لزمه ذلك ما لم يفلس او يموت لانه قد تقدم في كلام
ابن رشد ان المعروف علي مذهب مالك واصحابه لازم لمن اوجبه علي
نفسه ما لم يفلس او يموت وقال في كتاب الشركة من المدونة في مسالة
تعدي احد الشريكين في وديعة عنده ان علم شريكه بالعدا ورضي
بالتجارة بها فلهما الربح والضمان عليهما وان لم يعلم فالربح للمتعدي
والضمان عليه وقال غيره ان رضي الشريك وعمل معه فانما له اجر
مثله فيما اعانه وان رضي ولم يعمل معه فلا شي له ولا ضمان عليه
ولا يوجب الرضي دون بسط اليد ضمانا ولا ربحا الا من وجه قول
الرجل للرجل لك نصف ما اربح في هذه السلعة فله طلبه بذلك ما لم
يفلس او يموت قال في التنبيهات كتبت عن بعض شيوخي انه يقوم
من هذا انه من التزم نفقة فلان هذه السنة انه يلزمه ما لم يمرض
او يفلس انتهى ونقله ابو الحسن والفروع الاتية كلها صريحة في القضا
بذلك فرع اختلف الشيوخ هل تدخل الكسوة في النفقة ام لا قال ابن
سهل في احكامه قال ابن زرب في مسايله فيمن التزم الانفاق علي رجل

Copyright © King Saud University

وابى ان يكسوه وقال انما اردت الانفاق لا الكسوة وطلب الملتزم له الكسوة
مع النفقة فشغلت بالي مدة ثم ظهر لي فالزمته ان ينفق عليه ويكسوه
والحجة في ذلك قوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن
حملهن فاجمع اهل العلم على انه ينفق عليها ويكسوها فالكسوة داخلة
في النفقة قال ابن سهل في قوله نظر لان هذا انما هو في كل نفقة يحكم بها
كنفقة الزوجات والآباء والبنين والعبيد وعامل القراض اذا كان
المال كثيرا والسفر بعيدا واما من التزم الانفاق على احد احسانا اليه
وقال انما اردت الاطعام لا الكسوة وقال الاخر قد التزمت لي انفاقا مجملا
فاكسني كما تطعمني فهذا لا يلزمه عندي بدليل قول مالك في كتاب
الرواحل من المدونة لا باس ان يستاجر العبد السنة على ان على
الذي استاجره نفقته وكذلك الحر فقلنا لمالك فلو شرط الكسوة
فقال لا باس بذلك فقوله فلو اشترط الكسوة بعد قوله استاجره على
ان عليه نفقته يدل على ان النفقة لا تقتضي الكسوة ولو كانت عنده
مقتضية لها لما قال له اذ سالوه عنها لفظ النفقة يقتضيها ويؤيده
ايضا انه لو التزم الانفاق على انسان فانفق عليه شهرا او سنة وقال
هذا الذي اردت ولا ازيد على ذلك وطلب الاخر الانفاق عليه حياته
لصدق الملتزم وما يلزمه اكثر مما ذكر انه اراده لا يجوز غير هذا وفي
كتاب الصدقة من المدونة من تصدق على رجل بحائطه وفيه ثمر
ما بورة او طيبة وقال انما تصدقت بالاصل لا الثمرة فهو مصدق
بلا يمين وكذا روى اشهب في كتاب ابن المواز انه لا يمين عليه وقد
يتخرج عليه من بعض مسائل هذا المعنى انه يحلف وفي سماع اشهب

من

من استرعى انه متى اعتق عبده او متى حبس داره الذي بموضع كذا ثم
اعتق او حبس لم يلزمه وان لم تعرف البينة ذلك وصدق فيما ادعيه
ويذكره وقد مر في كتابنا هذا من كلام ابن زرب ان كل متطوع مصدق
واما ان قال ملتزم الانفاق لم تكن لي نية في مطعم ولا ملبس فانه
يقال له قم بهما جميعا انتهى مختصرا من الاحكام الكبرى والصغرى
ونقله ابن عرفة باختصاره وقال بعد هذا اقرار منه بدخول الكسوة في
مسمى النفقة لانه اذا كان من مسماها لزم ولا منفعة قوله انما اردت
الاطعام كما لو قال ما اردت الا الكسوة لم يقبل قال ابن عرفة ثم رايت
للمتيطي اثر قوله قيل له قم بهما جميعا لعل جواب ابن زرب في هذا وهو
محل نظر واذا لم يتناول لفظ النفقة الكسوة على ما قال ابن سهل فكيف تلزمه
الكسوة مع عدم النية واما اذا ادعى نية فتبين انه لا يقضى الا بما نوى
قال المتيطي ثم رايت في الموازية مثل قول ابن زرب قال مالك من اوصى
بنفقة رجل حياته اخرج له من الثلث ما يقوم به منتهى سبعين سنة
من ماء وحطب وطعام وكسوة ثم قال ابن عرفة هذا اوضح يعني كلام
المتيطي الا قوله انما يقضى عليه بما نوى بل بما يدل عليه ظاهر لفظه
وفيها في كتاب الشركة ما نصه ارايت المتفاوضين كيف يصنعان
في نفقتهما قال قال مالك تلغى نفقتهما معا وفي كتاب المتفاوضين
لما قال مالك تلغى النفقة بينهما علمنا انما النفقة انما هو من مال التجارة
وتلغى الكسوة لان مالكا قال تلغى النفقة والكسوة مثل النفقة انتهى
ومجموعه دليل لابن زرب وسئل ابن رشد عمن طاع بالتزام بنفقة
ربيبه مدة الزوجية ثم طلق امه ثم راجعها بعد عدتها هل تعود عليه

ان قال ملتزم الانفاق لم تكن لي نية

Copyright © King Saud University

نفقة الربيب وهل تلزمه معها الكسوة **فاجاب** يبقي لزومها ما بقي من
طلاق ذلك الملك شي ولا تلزمه الكسوة ان حلف انه انما اراد به الطعام
دون الكسوة **و**كان ابن زرب وغيره من الشيوخ يوجبون الكسوة مع
الطعام محتجين بالاجماع علي انها مندرجة **في قوله نعم** فانفقوا عليهن
حتي يضعن حملهن ولا اري ذلك لان النفقة وان كانت من الفاظ العموم
فقد تعرفت عند اكثر الناس في الطعام دون الكسوة **قال** ابن عرفة
حاصله ان النفقة عنده موضوعه للطعام والكسوة ثم تخصصت
عنده عرفا بالطعام فقط **و**تقرر في مبادي الاصول الفقهية ان
الاصل عدم النقل انتهي كلام ابن عرفة **قلت** الذي يظهر من كلام ابن
رشد ان لفظ النفقة يطلق في العرف علي الطعام والكسوة
وعلى الطعام فقط وان الاول هو المشهور فاذا اطلق الملتزم
اللفظ ولم تكن له نية حمل علي الاول لانه المشهور وان ادعي
الملتزم انه اراد المعنى الاخر قبل قوله مع يمينه والي هذا يرجع كلام
ابن سهل والمتيطي غير ان في قول ابن رشد عند اكثر الناس مسامحة
والاولي ان يقول عند كثير لانه لو كان العرف عند اكثر الناس المعني
الثاني لا ينبغي ان يحمل اللفظ عليه بلا يمين فتامله **وقد ذكر**
ابن رشد في مسايل الحبس من نوازله انه يجب ان يتبع قول المحبس
فيما كان من نص جلي او كان حيا فقال انه اراد ما يخالفه لم يلتفت الي
قوله ووجب ان يحكم به ولا يخالف حده فيه الا ان يمنع فيه مانع من
جهة الشرع وما كان من كلام محتمل لوجهين فاكثر حمل علي اظهر محتملاته
الا ان يعارض اظهرها اصل فيحمل علي الاظهر من باقيها اذا كان المحبس
قد

الفاظ المحبس
تتبع

قد مات ففات ان يسال عما اراد بقوله من محتملاته فيصدق فيه
اذ هو اعرف بما اراد واحق ببيانه من غيره انتهي فعلم منه اذا كان
المحبس حيا وفسر اللفظ باحد محتملاته قبل تفسيره به ولو كان بخلاف
الاظهر ولا يقبل قوله في الصريح انه اراد به خلاف معناه **وقول** ابن عرفة
اثر كلام ابن سهل هذا اقرار منه بدخول الكسوة في مسمي النفقة لانه اذا
كان هو سماها الزم ولا ينفعه قوله انما اردت الطعام كما لو قال ما اردت
الا الكسوة فيه نظر لانه انما يلزم ذلك اذا كان لفظ النفقة لا يطلق
الا على الا الطعام وحده وادعي الملتزم انه اراده فانه يقبل قوله وان كان
ذلك الاطلاق مرجوحا لانه متطوع وكل متطوع مصدق كما تقدم في كلام
ابن سهل عن ابن زرب فلا يلزم باكثر مما اراد اذا كان لفظه صالحا لما ادعاه
واما اذا قال ما اردت الا الكسوة فلا يقبل قوله لان لفظ النفقة لا يطلق
علي الكسوة فقط فتامله والله اعلم **واما** قول ابن عرفة ايضا اثر كلام ابن رشد
ان الاصل عدم النقل صحيح لكن اذا ثبت النقل عمل به وكلام ابن رشد يقتضي
ثبوت ذلك عنده وهو الظاهر الذي يشهد له الاستعمال فليتامل **فرع**
قال في مختصر المتيطية وان طاع الزوج لزوجته بجميع مؤنة ولدها
من غيره من كسوة وغيرها مدة الزوجية بينهما لزمه ولا يكون هذا
الشرط الا علي الطوع لما فيه من الغرر **و**لو كان في عقد النكاح لم يجز ويفسخ
قبل البنا ويثبت بعده بالدون من صداق المثل او المسمي **قال** ابو بكر بن
عبد الرحمن الا ان يكون لاجل معلوم فيجوز لانتفا الغرر فان مات الولد
رجعت بنفقة بقية الاجل ويلزمه لانه من صداقها وانما تاخذه علي
حسب ما شرطت **وقال** ابن زرب لا يجوز وان كان الاجل معلوما ويفسخ قبل البنا

Copyright © King Saud University

ويثبت بعده بصداق المثل انتهى زاد في المتيطية ويسقط الشرط وقوله
في مختصرها اولا ويثبت بعده بالدون من صداق المثل والمسمى وكذا
في النسخة التي رايتها وصوابه ويثبت بعده بالاكثر من صداق المثل
او المسمى ولفظ المتيطية ولو كان لعيني الشرط في عقد النكاح فسخ
قبل البنا ويثبت بعده بصداق المثل وبطل الشرط لان الغالب ان
تكون المراة حطت من صداق مثلها لاجل هذا الشرط فان كان
صداق مثلها اقل من المسمى لم ينقص منه قلت واصل مسيلة
اشتراط ذلك في العقد في رسم تلخير صلاة العشا من سماع ابن القاسم
من كتاب النكاح في المراة تشترط على زوجها ان ينفق على ابن لها صغيرا
وعلى من لا تلزمه النفقة عليه من خدمها انه نكاح فاسد يفسخ قبل
البنا وان اسقطت المراة شرطها على المشهور ويثبت بعده بصداق
المثل لما وضعت وعن اصبغ ان النكاح لا يفسخ اذا اسقطت
المراة شرطها قال ابن رشد والفساد فيه بين لاشتراطها نفقة
مجهولة غير محدودة بمدة معلومة قال وقد روي عن ابن الشقاق
ان مالكا كره هذا النكاح من غير الوجه الذي كرهه منه ابن القاسم
لان مالكا قال لا ارى ذلك وليس من عمل الناس وقال ابن القاسم ولعل
الصبي لا يعيش شهرا او يعيش عشرين سنة فعند مالك سواء ضرب
اجلا ام لا وعلى قول ابن القاسم ان ضرب اجلا فلا باس به واستبعد
ابن رشد ما قال ابن الشقاق قائلا اذ لا وجه لفساده الا الجهل بمقدار
النفقة المشترطة على الزوج انتهى مختصرا وقوله ويثبت بعد لا
بصداق المثل لما وضعت يدل على انه لو لم تضع من صداقها شيا

للشرط

للشرط بل كان المسمى اكثر من صداق مثلها لم ينقص منه شي للشرط كما تقدم
عن المتيطية وذلك بين لان الزوج رضي بالمسمى مع الشرط فيتعين
ان يرضى به مع اسقاط الشرط ولعل ابن زرب لحظ المعنى الذي ذكره
ابن رشد عن ابن الشقاق فمنعه وان كان لاجل معلوم بل لعل ابن الشقاق
انما اخذه من كلام ابن زرب فانه متاخر عنه او يكون ابن زرب لحظ
ما ياتي عن الشيوخ من انهم اسقطوه لموت الزوج سوا كان طوعا او
شرطا وقال في معين الحكام اذا طاع الرجل بنفقته لابن امراته امد
الزوجية جاز بعد ثبوت العقد واذا كان ذلك في العقد لم يجز للغرر
وفسخ قبل البنا وثبت بعده بصداق المثل وبطل الشرط فان كان ذلك
الى مدة معلومة في اصل النكاح ومات الولد قبل المدة رجع ذلك الى الام
وانما تاخذه على حسب ما شرطت انتهى وقال ابن سلمون في صفة كتب
الوثيقة فان التزم الزوج اجراء النفقة على الابن قلت وتطوع الزوج
بحضانة ابن الزوجة من غيره واجراء النفقة عليه من ماله بطول
الزوجية بينهما الى سقوط ذلك شرعا وذلك لازم للزوج لانه معروف
التزمه فان مات المتطوع سقط الطوع وان كان لمدة معلومة
وبقي من المدة شي لانها هبة لم تقبض ولا يرجع على الزوج بشي منها لانه
معروف منه وصلة للربيب ولم تترك الام من حقها شيا ووقع ذلك للشيوخ
فاجمعوا عليه سوا كان ذلك طوعا او شرطا انتهى قلت اما اذا كان تطوعا
فظاهر لان الهبة تبطل بموت الواهب قبل قبضها واما اذا كان شرطا في
العقد واجزناه اذا كان لمدة معلومة على ما قال ابو بكر بن عبد الرحمن
ورجحه ابن رشد فينبغي انه لا تسقط وان تحل بموت الزوج فتامله

Copyright © King Saud University

فرع وللزوج الرجوع علي المراة بما انفق بالشرط علي ولدها او علي من لا
تلزمه نفقته من خدمها الي حين فسخ النكاح او لتصحيحه بصداق
المثل قاله ابن رشد في الرسم المذكور فرع قال البرزلي في الطرز رايت
في بعض الكتب اذا كان الطوع بنفقة الولد لمدة الزوجية فانما يلزم
الزوج الانفاق علي الربيب ما دام صغيرا لا يقدر علي الكسب انتهى
وجزم ابن سلمون ونصه وان كان الطوع لمدة الزوجية فانما يلزم
الزوج الانفاق علي الربيب ما دام صغيرا لا يقدر علي الكسب انتهى قلت
وهذا خلاف ظاهر ما تقدم عن مختصر المتيطية ومعين الحكام ويحتمل
ان يكون هذا تقييدا له وهو الظاهر فتامله والله اعلم فرع قال البرزلي
في مسايل الانكحة قال في الطرز ان اختلف الزوج وزوجته في نفقة
بنيها من غيره فقالت شرطت عليك الانفاق وانكر ذلك فانه يحلف قاله
ابن الهندي ولابن فتحون لا يمين عليه انتهى قلت ان ادعت انه شرط
في العقد فلا يمين عليه لان القول بصحة العقد مع ذلك اذا كان لمدة معلومة
والا فهي مدعية لفساد النكاح فالقول قول الزوج كما قالوا فيما اذا ادعت
انه تزوجها في العدة وقال الزوج بعدها الا ان يشهد العرف لها فيكون
القول قولها كما سياتي قريبا في كلام ابن رشد ان القول قول من ادعى
الشرط لاستشهاد العرف له وان ادعت عليه انه التزم ذلك بعد العقد
فيجري الخلاف في توجه اليمين علي الخلاف فيمن ادعى علي شخص انه وهبه
قال ابن عرفة وفي ايجاب دعوى هبة معين يمين الواهب قول الجلاب
ونقل الباجي عن ظاهر المذهب قايلا دعوى المدين هبة رب الدين دينه
توجب يمينه اتفاقا قال ابن عرفة قلت وكذا هبة ما بيده من معين انتهى

قلت

فرع عدم رجوع الزوج على زوجته بما...

تنبيه
يلزم الزوج الانفاق على الربيب ما دام صغيرا

ان اختلف الزوج وزوجته في نفقة بنيها من غيره

قلت وقد صرح بذلك الرعيني في كتاب الدعوى والانكار ونصه ومن
ادعى علي احد من الناس هبة لله او صدقة او عطية او نحلة او عارية
الي اجل او سكنى او عمرى او حبسا او اخدام عبد او وصية وكان ذلك
بيد المدعى عليه وعجز المدعي عن اثبات البينة علي دعواه فلا يمين علي
المدعى عليه اذا انكر وان كانا اخوين او خليطين باي خلطة كانت وان كانت
هذه الاشيا بيد المدعي بما ذكرنا وقام صاحبها يريد اخذها فادعى
عليه ما ذكرناه وانكر المدعى عليه ذلك حلف واخذ متاعه استحسانا
والقياس انه اولى بمتاعه بلا يمين وقد قال مالك في رجل تصدق
علي رجل بنخل وهي مثمرة فادعى المتصدق عليه الثمرة وقال المتصدق انما
تصدقت بالاصل دون الثمرة فاراد ان يحلفه علي ذلك فقال القول قوله واليمين
عليه فان ابى ان يحلف حلف المدعي وكانت له دعواه فان ابى ان يحلف
لم يكن له شي ورد الي ربه انتهى قلت وما ذكره في مسيلة الصدقة
مخالف لما في كتاب الصدقة من المدونة ونصها ومن تصدق بحايطه
علي رجل وفيه ثمرة فزعم انه لم يتصدق بثمرتها فان كانت الثمرة يوم الصدقة
لم تؤبر فهي للمعطى وان كانت مابورة فهي للمعطي ويقبل قوله ولا يمين عليه
وكذلك الهبة وذكر ابو الحسن مواضع من المدونة تقتضي الخلاف في توجه
اليمين ثم قال في اخر كلامه فيقوم القولان في دعوى المعروف من الكتاب
وهما منصوصان في دعوى الهبة وتفصيل الرعيني وابن عرفة ظاهر
فليعتمد والله اعلم فرع قال البرزلي وقعت مسيلة وهي امراة لها اولاد
تاخذ نفقتهم من ابيهم وتزوجت رجلا وشرطت عليه نفقة الاولاد اجلا معلوما
او تطوع بها بعد العقد مدة الزوجية وارادت الرجوع بذلك علي ابيهم

امراة لها اولاد تاخذ نفقتهم من ابيهم وتزوجت

Copyright King Saud University

فوقعت الفتيا ان كان ذلك مكتوبا من حقوقها بحيث لها الرجوع متى شاءت
واسقاطه لزوجها فلها ان ترجع بنفقتهم على ابيهم وان كان ذلك للولد
فلا رجوع على ابيهم بشي وهو جار على الاصول وكانه شي وهب للولد
فنفقته على نفسه لا على ابيه والاول مال وهب لامه فاذا انفقته
على الولد رجعت به على ابيه انتهى قلت وللاب ان يمتنع من قبول انفاق
الزوج على ولده كما صرحوا بذلك في كتاب الايمان في مسيلة من حلف
لا اكل لفلان طعاما فدخل بن الحالف على المحلوف فاعطاه خبزا الخ
وهذا واضح والله اعلم فرع قال بن ناجي في باب زكاة الفطر من شرح
الرسالة من التزم نفقة من ليس بقريبه كالربيب او قريب لا يلزمه نفقته
بالاصالة فانه لا يلزمه ان يخرج عنه زكاة الفطر باتفاق فرع قال
البرزلي وسيل بن رشد عمن زوج عبده واشهد على نفسه تطوعا
بعد العقد انه ينفق عليها مدة الزوجية ثم مات هل توقف تركته
لذلك وكيف ان كان في اصل العقد او اختلفا في ذلك فاجاب
بانه لا شي في تركة السيد ان مات لانه متطوع وانما يجب عليه مدة
الزوجية ما دام حيا وبعد الموت هبة لم تقبض ولو شرط في اصل
النكاح لكان فاسدا يفسخ قبل البنا ويثبت بعده بصداق المثل ويبطل
الشرط ويكون على العبد وقيل لا يفسخ قبل اذا اسقط الشرط والنفقة
على الزوج ووجه الاول الغرر ولو شرط انه ان مات قبل انقضا العصمة
رجعت على العبد لجاز ولو اختلفا هل كان شرطا او تطوعا فالقول
قول من ادعى الشرط لشهادة العرف له انتهى وقال بن رشد في رسم حلف
ان لا يبيع سلعة سماها من سماع بن القاسم من كتاب النكاح اختلف قول مالك
في

زوج عبده وتطوع بنفقتها مدة الزوجية

اشتراط النفقة على ابي الصغير او ولي السفيه

في شرط النفقة في النكاح على ابي الصغير حتى يبلغ وولي السفيه حتى يرشد
فاجازه مرة وكرهه اخرى وقال بكل منهما كثير من اصحاب مالك
وحكى بن حبيب عن بن الماجشون وبن وهب عن مالك اجازة ذلك
وزاد لزوم ذلك ما عاش الاب والزوج مولي عليه وهذا الخلاف انما هو
اذا لم يقع بيان ان مات الاب قبل بلوغ الصبي والولي قبل رشد اليتيم
سقطت النفقة بموتهما هل تعود في مال الصغير ومال اليتيم او لا تعود
عليهما الى بلوغ الصغير ورشد اليتيم فان شرط عودهما في مالهما جاز النكاح
اتفاقا وان شرط سقوطها الى بلوغ الصبي ورشد اليتيم كان النكاح
فاسدا اتفاقا وانما الخلاف اذا وقع الشرط بينهما وعلى القول بفساده قال
ابن القاسم ان دخل جاز وكانت النفقة على الزوج ولم يبين هل هو بالمهر المسمى
او بصداق المثل وهو الاظهر قلت والقول بفساد النكاح وفسخه قبل
البنا هو قول بن القاسم في الرسم المذكور وروايته عن مالك ثم قال بن رشد
ولو شرطت النفقة في نكاح الكبير المالك من نفسه في نفس العقد على غيره فسخ
قبل البنا قال بن حبيب الا ان ترضى المراة بكون النفقة على الزوج ويثبت
بعده وتكون النفقة على الزوج ولا يدخله الخلاف الذي في المسئلة الاولى
لظهور الضرر والفساد في هذه ولا يجوز النكاح على اعطا حميل بالنفقة لانها
ليست بدين ثابت في ذمته كالمهر فان وقع النكاح على ذلك كان فاسدا يفسخ
قبل البنا ويثبت بعده بمهر المثل ان كان اكثر من المسمى اذا لم ترض بالمسمى
لاجل ما اشترطت من الحمالة وتسقط الحمالة ولو وقع في مسئلة اشتراط النفقة
على غير الزوج بيان رجوعها على الزوج ان مات من اشترطت عليه او طرا عليه
دين او ما يبطل النفقة عنه جاز النكاح على قياس ما تقدم وقيل يفسخ قبل البنا على كل حال

اشتراط النفقة في نكاح الكبير على غيره

لا يجوز النكاح على اعطاء حميل بالنفقة

Copyright © King Saud University

لان شرطها على غير الزوج خلاف السنة ويمضي بعده بمهر المثل ويبطل الشرط
واليه نحى اللخمي وما قلناه اظهر وابين والله اعلم انتهى
وقال في رسم الكراء والاقضية من سماع اصبغ من كتاب الصدقات
والهبات سمعت بن القاسم يقول فيمن ضمن عن ابنه نفقة سنين
سماها بدنانير سماها في كل سنة او لم يسم دنانير الا انه عرف وجه
النفقة فضمن نفقة سنين وذلك كله بعد عقد النكاح مثل ان يراد
ان يقام بابنه ليفرق بينهما فيضمن ذلك عنه ابوه ارى ذلك يلزمه
ما كان حيا فاذا مات سقط ذلك عنه وقاله اصبغ وهو الحق وكذلك
نفقة المطلقة اذا ضمن الابن هذه حقوق بعضها قد افترضت وليس
هذا كالذي يضمن في النكاح النفقة ذلك شي لم يات ولم يعرض ولم يجب
ولا امد له ومجهول كله يكون او لا يكون ومتى يفترقان او يموتان
قال محمد بن رشد جعل الضمان بالنفقة لا يجب الا بالحياة من
اجل انها لم تجب بعد فما وجب منها في حياته لزمه وما وجب منها
بعد وفاته لم تلزمه بخلاف الحمالة لما قد وجب من الحقوق ذلك
يجب في حياته وبعد وفاته لانها خرجت عن عوض وهو مارضي
المتحمل له من ترك ذمة غريمه واما اذا تحمل بالنفقة في اصل
عقد النكاح فانها تجب في حياته وبعد وفاته لان المراة لم ترض
ان تتزوجه الا بشرط الحمالة فوجب ان تلزمه في الحياة وبعد الوفاة
وان لم تكن وجبت بعد انتهى قلت قوله واما اذا تحمل بالنفقة
في اصل عقد النكاح الخ مشكل اما اولا فلانه مخالف لما تقرر وتقدم
عنه قريبا من ان النكاح يفسد باشتراط حميل بالنفقة ويفسخ قبل البنا

ويثبت

ويثبت بعده بمهر المثل للغرر وتسقط الحمالة واما ثانيا فلانه لو
فرض صحة النكاح والاشتراط لسقط ذلك بالموت لما تقدم من ان اشتراط
النفقة على غير الزوج يبطل بالموت وقد قال بن رشد في نوازل له في اخر
باب النحلة لما سيل عمن تطوع بالنفقة على اخر حياته او مدة ما ثم توفي
المتطوع فقام الاخر يطلب الاخر في تركته وهل ان كان هذا سفيها
او جايز الامر في طلب النفقة سوا وهل تعرف فيه خلافا في المذهب
فاجاب ان مات المتطوع بالانفاق سقط عنه ما بقي من المدة
لانها هبة لم تقبض تسقط بالموت ولا خلاف في هذا احفظه في المذهب
وسوا كان المتطوع عليه سفيها او جايز الامر انتهى فرع سيل بن رشد
عمن خالع امراته على ان تحملت بنفقة ابنه منها الى الحلم ثم راجعها بنكاح
جديد هل تبقى النفقة عليها ام لا ولو طلقها ثانية هل تعود عليها
فاجاب اذا راجعها سقط عنها ما تحملت به ولا تعود عليها ان طلقها
الا ان تجدد التحمل انتهى قلت وهذا على القول بجواز الخلع على ان
يلزم المراة نفقة الولد بعد مدة الرضاع وهو قول اشهب وبن نافع
وسحنون وابن الماجشون والمخزومي قال بن عرفة وقاله المغيرة
والمشرقيون كلهم قال بن حبيب وبه نقول وعليه جماعة الناس وقاله
ابن دينار قال بن سلمون وبذلك جرى العمل وقال بن سهل وعلى قول
سحنون ومن وافقه العمل وجرت الفتيا في جواز المبارات على التزام
الزوجة او غيرها النفقة على الولد اعواما تزيد على عامي الرضاع وعليه
وضع الموثقون وثايقهم انتهى ومذهب مالك وابن القاسم ان ذلك
لا يجوز ابتداء كما صرح به اللخمي وبن سلمون وغيرهما فان وقع تم الخلع

مسئلة المتطوع بالانفاق [illegible]

في على من خالع زوجته بنفقة ابنها

Copyright © King Saud University

وسقط الزائد على الحولين **قال** في كتاب ارخاء الستور من المدونة وان
خالعها على ان عليها نفقة الولد ورضاعه ما دام في الحولين
جاز ذلك فان ماتت كان الرضاع والنفقة في مالها وان مات الغلام
قبل الحولين فلا شي للزوج عليها قال مالك لم ار احدا طلب ذلك انتهى
قال ابن رشد في رسم حلف من سماع ابن القاسم من طلاق السنة
ولا رجوع للاب عليها بشي اذا مات الولد قبل انقضاء امد الرضاع
اذا كانا انما عملا على ان ابراته من مؤونة رضاعه بافصاح
وبيان **و**اختلف اذا وقع الامر مبهما فحمله مالك في المدونة على
ما تاوله عليه ابن القاسم انه انما ابراته من مؤونة رضاعه
فلا رجوع عليها بشي **وفي** المختصر الكبير لو طلب ذلك لكان
له فيه قول انتهى **ثم قال** في المدونة وان شرط عليها نفقة الولد
بعد الحولين امدا سمياه او اشترط عليها الزوج نفقة نفسه
لسنة او سنتين ثم الخلع ولزمها نفقة الولد في الحولين فقط
ولا يلزمها ما ناف على الحولين من نفقة ولا ما شرط الزوج من
نفقة نفسه **وقال المخزومي** يلزمها جميع ذلك كالخلع بالغرر
انتهى **قال** ابن عرفة بعد عزوه قول المخزومي للجماعة المتقدم ذكرهم
وكان ابن لبابة لا يرى كلام ابن القاسم ولا روايته ويقول الخلق على
خلافه **و**يذكر في ذلك نظاير **و**اما المخالعة على رضاع الولد خاصة
فلا خلاف في جواز ذلك وان كان فيه غرر قاله ابن رشد **وقال** في
مختصر المتيطية وان التزمت له بمؤونة حمل ان ظهر بها او مؤونة
حملها الظاهر جاز وان التزمت له مع ذلك ارضاع الولد ومؤونته
الي

الي فطامه جاز ولزمها فان ماتت اخذ من تركتها **قال** بعض القرويين
يريد ويوقف منها قدر مؤونة الابن الي انقضاء المدة فان ولدت
توءمين لزمها ارضاعهما فان مات في خلال العامين فلا شي للاب
عليها **قال** مالك ولم ار احدا طلب ذلك **قال** بعضهم لان المقصود
من التزامها براءة الاب من مؤونة ابنه هذا هو المشهور من المذهب
وبه القضا **وروى** ابو الفرج عن مالك انه يرجع عليها في موت الولد ومثله
حكى القاضي ابو محمد انتهى **تنبيه** فان اريد عقد الخلع على اشتراط
نفقة الولد مدة تزيد على الحولين او على اشتراط النفقة على غيره وانه يجوز
ذلك على مذهب مالك وابن القاسم فليشترط ثبوت النفقة بعد
وفاة المنفق عليه كثبوتها قبلها قاله في المتيطية **و**عبارة مختصرها
اذا شرط نفقة الولد او غيره اعواما معلومة عاش المنفق عليه او
مات جاز لانتفا الغرر كما لو باع دارا على ان ينفق المشتري عليه
مدة معلومة فهو جايز واذا جاز في البيع فهو في الخلع اولى **تنبيه ثان**
قال في المتيطية ومما يجمع به ايضا بين القولين ان ابن حبيب حكى في كتابه
عن ابن القاسم فيمن بارا امراته على ان سلمت ولدها منه اليه فان ارادت
اخذه منه فلا يكون ذلك لها الا بان تلتزم نفقته وتسقط عن الاب مؤونته
ان ذلك خلع تام لازم **وحكى** مثله ابو عمران عن فضل بن سلمة انتهى **فاذكره**
ابن رشد من ان الزوج اذا راجع زوجته سقط عنها النفقة انما ياتي على
قول اشهب وابن نافع وسحنون ومن معهم المتقدم في هذه الصورة
واما الصورة الاولى اعني ان شرط ثبوت النفقة بعد وفاة الولد كثبوتها
قبلها فالظاهر انها لا تسقط عنها بالمراجعة فتامله على انه لم يظهر لي وجه

يجوز بيع الدار على ان ينفق المشتري [illegible] مدة معلومة [illegible]

[illegible] دارا زوجته على ان [illegible]

Copyright © King Saud University

سقوط النفقة عنها المراجعته اباها فيما اذا خالعها على ان تحملت بنفقة
الولد الى الحلم الا ان يكون فهم عنها انها انما التزمت نفقة اولادها
على ان يكونوا عندها ولو تزوجت ان ذلك لازم وسياتي بيان
ذلك في النوع الخامس من الباب الثالث والله اعلم **فرع**
وعلى قول اشهب ومن معه **قال** ابن سلمون ان ماتت الام وقف من
مالها بقدر ذلك واجري في نفقة الابن الى ان يحتلم **و**للزوج محاصة
غرماء المراة بنفقة ابنه المشترطة عليها في الخلع فان اعدمت الام
في خلال المدة فان النفقة تعود على الاب ثم ان ايسرت رجعت
النفقة عليها وهل يتبعها الوالد بما انفق على ابنه مدة عدمها ام لا
في ذلك قولان **احدهما** ان يتبعها بذلك وهو المشهور **و**الذي
جرى به القضا **و**حكى اصبغ انه لا يتبعها بشي انتهى **وقال**
قبله وان مات الولد فلا شي للاب على الزوجة لان مقصود التزامها
ابرا الاب من مونته **و**قيل له ان يرجع عليها **و**الاول هو المشهور
وبه القضا **فرع** قال ابن سلمون وفي مسايل ابن رشد في رجل
اختلعت له امراته واسقطت عنه مونة حمل الى فطامه ثم اثبتت
انها عديمة ايلزم الزوج النفقة على الحمل ام لا يلزمه حتى تضع وكيف
ان كانت قد اشهدت على نفسها انها موفورة الحال وانها متى اشهدت
انها عديمة فذلك باطل **فاجاب** اذا ثبت عدمها لزم الزوج الانفاق
عليها ويتبعها بما انفق اذا ايسرت وان كانت قد اشهدت بالوفور
كما ذكرت فلا تنتفع بما تشهد لها من العدم حتى يشهدوا بمعرفة
ذهاب مالها ووفر حالها الذي اقرت به انتهى **قلت** وهذا والله اعلم حيث

يكون

يكون حال المراة مجهولا ولم يشهد بعدمها الا شاهدان او نحو ذلك
اما اذا كانت معلومة بالاعسار والعدم بحيث يشهد بذلك غالب
من يعرفها ويغلب على الظن ان ما اشهدت به من الوفور كذب
محض فلا يلتفت الى اشهادها بالوفور ولا الى قولها انها متى اثبتت
انها عديمة فذلك باطل ويلزم الزوج الانفاق عليها وهذا ظاهر والله اعلم
فرع قال في اخر سماع ابن القاسم من كتاب التخيير **و**سئل مالك
عمن طلق امراته وهي حامل فاقام شهرين ثم باراها على ان عليها
رضاع ولدها فطلبته بنفقتها لما مضى من الشهور قبل المباراة
فقال ذلك لها **قيل** ارايت ان قالت انما بارتك على رضاعه فاما نفقة
حمل فلا **قال** اما نفقة حملها قبل المباراة فذلك لها واما بعد مباراتها
فانه يعرف انه لم يكن يمنعها الرضاع ويعطيها هذا **قال** محمد بن رشد
اما ما مضى من نفقة حملها قبل المباراة فتبين ان ذلك لها كما قال
لانها قد وجبت لها عليه فلا تسقط عنه الا بما تسقط به الحقوق
الواجبة عمن وجبت عليه **واما** نفقة ما بقي من الحمل بعد المباراة
فجعلها تبعا لما التزمت به من رضاعه بما دل على ذلك من العرف
والمقصد فان وقع الامر مسكوتا عليه فلا شي لها **و**ان اختلفا في ذلك
فالقول قول الزوج مع يمينه **و**هذا نحو قولهم فيمن اكرى دارا مشاهرة
او مساناة ان دفع كرا سنة او شهر براة للدافع مما قبل ذلك **و**كذلك
لو طلقها وهي حامل ولم يخالعها فدفع اليها نفقة الرضاع لكان ذلك براة له
من نفقة الحمل المتقدمة انتهى كلام ابن رشد ولم يحك في ذلك خلافا **وقال**
اللخمي في كتاب ارخا الستور **و**اختلف اذا اشترط ان لا نفقة للولد اذا ولدته

Copyright © King Saud University

هل يكون لها الان نفقة الحمل فقال في كتاب محمد لا نفقة لها الان
وقال ابن القاسم في كتاب ابن سحنون والمغيرة وابن الماجشون
في مختصر ما ليس في المختصر لها نفقة الحمل لانها لم تذكره وهو احسن
لان لها حقين خالعت على ان اسقطت احدهما ولم تسقط الاخر انتهى
وقال الباجي في المنتقى ومن خالع امراته على انها ان ولدت منه
فعليها نفقته في الحولين فارادت ان تطلبه بنفقة الحمل وبصداقها
عليه ففي المبسوط عن مالك ليس لها صداق ولا نفقة حمل وقال
المغيرة لها نفقة الحمل ولا شي لها من الصداق ووجه قولهما انه
لا شي لها من الصداق انها لم تشترط بقاه فكان الظاهر اسقاطه
لانه لم يرض منها بترك ما في ذمته حتى زادت نفقة الحمل ولم
تكن في ذمته ووجه قول مالك في انه لا نفقة لها انها قد اسقطت
نفقة الولد بعد الولادة فبان تسقط ما وجب لها قبل ذلك لسنة
اولى كما قلنا في الصداق انها اذا اسقطت نفقة الحولين اقتضى
ذلك اسقاط الصداق ووجه قول المغيرة انها اسقطت عنه نفقة
مقدرة وهي نفقة الحولين فلا يتعدى الاسقاط الى غيرها والى
ما ليس من جنسها ولا وجب بسببها لان نفقة الحمل في غير مدة الحولين
من غير جنس الحولين وواجبة بغير سببها ولا يشبه هذا ما سقط نفقة
من الصداق لانه امر قد وجب لها وتقرر ونفقة الحمل لم تجب
فلا تسقط الا بالنص عليها انتهى كلام الباجي وهو مشكل فانه يقتضي
الاتفاق على سقوط الصداق وقد ذكر اللخمي في اخر السنوس
ان المدخول بها اذا خالعت زوجها على ان تعطيه عشرة دنانير ان للزوج
العشرة

العشرة ولها صداقها كاملا سوا قال ذلك مطلقا او شرطت العشرة من
صداقها وظاهر كلامه ان ذلك متفق عليه فانه لما ذكر الخلاف في غير
المدخول لها اذا خالعته على عشرة ولم تقل من صداقي فهل يقتضي
ذلك سقوط نصف الصداق وترد الصداق جميعه ان كانت
قبضته وهو قول ابن القاسم وهو المشهور او لا يقتضي ذلك سقوط
النصف فلها نصف الصداق سوا قبضته او لم تقبضه وله عليها
العشرة التي خالعته عليها وهو قول اشهب او يفرق بين ان تكون
قبضته فيكون لها نصف الصداق وان لم تقبضه فلا شي لها
وهذا قول اصبغ واستحسن قول اشهب بعدم سقوط نصف
الصداق قال لان قولها اخلعني او بارئني او تاركني انما يتضمن
خلع النفس والابرا من العصمة والمتاركة فيها ليس الا خلاع
من المال ولا الابرا منه ولا المتاركة فيه ولو كان ذلك لسقط عنه
الصداق اذا كانت مدخولا بها وكذلك غيره من ديونها وقد اجمعوا
على ان هذه الالفاظ الاختلاع والمباراة والمتاركة انما يراد بها بعد الدخول
النفس دون المال فوجب ان يكون حقها في النصف قبل الدخول ثابتا وكذلك
ان لم يكن دخل بها وكان لها عليه دين فقالت اخلعني وبارئني لا خلاف ان
دينها باق انتهى فكلامه صريح في ان المدخول بها لا يسقط صداقها بلا خلاف
وكذا ذكر ابن الحاجب ان من خالعت زوجها على شي اعطته اياه من مالها عبدا
او غيره وسكتت عن الصداق فان كانت غير مدخول بها سقط صداقها
على المشهور وان كانت مدخولا بها لم يسقط صداقها ولم يحك في ذلك خلافا
غير ان الشيخ خليل قال في التوضيح لما تكلم على المدخول بها وان صداقها لا يسقط

مانصه لتقرره بالدخول وسوا قبضته اولا نص علي ذلك سحنون
وقال ابن عبدوس انما ذلك اذا قبضته وان كانت لم تقبضه فلا شي
لها منه انتهى فكلامه يقتضي انها اذا قبضته لم يسقط بلا خلاف
وان لم تكن قبضته فكذلك على قول سحنون خلافا لابن عبدوس
ويظهر من كلامه ترجيح قول سحنون وبه صدر في الشامل وعطف
الثاني بقيل ثم ذكر في التوضيح القولين اللذين ذكرهما الباجي عن
المبسوط ثم قال قال بعضهم معناه والله اعلم لم تكن قبضته واما
لو قبضته لم ينزع منها انتهى فتحصل من هذا ان صداق المدخول
بها اذا كان باقيا على الزوج لا يسقط ولو خالعته على ان اعطته
شيا من عندها اما اتفاقا او على الراجح فاحرى ان خالعته على ان
تحملت بنفقة الولد وكذلك نفقة ما مضى من مدة الحمل قبل الخلع .
واما نفقة الحمل بعد الخلع فاختلف فيها والراجح سقوطها كما جزم
به ابن رشد ولم يحك فيه خلافا تنبيه قول ابن رشد
في كلامه المذكور في اول الفرع ان دفع كراء سنة او شهر براءة
للدافع مما قبل ذلك مراده بدفع سنة او شهر المكتوب الشاهد
بدفع كراء سنة او شهر قلت ومثل ذلك يقال في الاشهاد على مستحق
وقف موجل بمعلوم شهرا او سنة انه شاهد للدافع بوصول
ما قبل ذلك والله اعلم فرع قال البرزلي في مسائل الخلع وفي
نوازل ابن رشد اذا عمم المبارات بعد عقد الخلع فهل يرجع لجميع
الدعاوي كلها مما يتعلق بالخلع او غيره وهو فتوى ابن رشد
وعن ابن الحاج يرجع الي احكام الخلع خاصة وهو عنده يجري

علي

تنبيه المبارات بعد عقد الخلع

١٤

كمل

علي الخلاف في مسيلة العام اذا خرج علي سبب هل يقصر علي سببه
او يعم واذا تعقب الجمل استثنا او صفة او قيدا او غير ذلك مما يمكن
تعلقه بالكل او بالبعض علام يحمل وبين الاصوليين خلاف في ذلك
انتهى ونص ما في نوازل ابن رشد من مسائل الطلاق وسيل
في عقد انعقد بخلع في اشيا سميت فيه وتضمن قطع الدعاوي
بينهما فيه فقال انما يرجع قطع الدعاوي فيه الي جميع ما يتعلق
بالذمة مما سمي فيه وما لم يسم وقال فيها ابو القاسم اصبغ قطع
بينهما في العقد انما يرجع الي ما سمي فيه من الخلع انتهى فرع اذا
خالعها علي نفقة الولد الي الحلم علي القول بجوازه فبلغ مجنونا او
زمنا عادت نفقته علي الاب ولو قال الي حين سقوط النفقة من
الاب لزمت المراة النفقة حينيذ قاله في المتيطيه انتهى
فرع قال ابن سلمون فان عقد الخلع علي اليتيمة او غيرها ولي
او اجنبي فلها الرجوع علي زوجها والطلاق ماض وهل يرجع
الزوج علي الذي عقد معه الخلع اذا لم يضمن ذلك ام لا في ذلك
ثلاثة اقوال احدها انه يرجع عليه وان لم يكن ضمن له لانه هو ادخله
في الطلاق وهو قول ابن القاسم وروايته عن مالك في كتاب الصلح
وقول اصبغ في الواضحة والعتبية والثاني انه لا رجوع له عليه
الا ان يلتزم له الضمان وهو ظاهر قول ابن القاسم وروايته عن
مالك في كتاب ارخا الستور من المدونة وقول ابن حبيب ايضا والثالث
انه ان كان ابا او ابنا او اخا او من قرابة الزوجة فهو ضامن والا فلا
وهو قول ابن دينار انتهى ونقل الاقوال الثلاثة ابن عرفة في كتاب الخلع

اذا خالعها على نفقة الولد الى الحلم فبلغ مجنونا

اذا عقد الخلع ولي او اجنبي على اليتيمة او غيرها

Copyright King Saud University

وظاهر كلامهم ان الطلاق يقع بائنا وهو الظاهر انتهى فرع
ثم قال بن سلمون وان عقدت المراة الخلع وضمن الزوج وليها
او غيره ما يلحقه من درك في الخلع المذكور ثم ظهر ما يسقط
التزامها من ثبوت ضررا وعدم او غير ذلك ففي ذلك قولان
احدهما ان الضامن يغرم للزوج ما التزمه والثاني انه لا شي عليه
وكذلك في البيع الفاسد فقال في مختصر المتيطية اذا اخذ
الزوج على المراة ضامنا بما التزمته له واسقطته عنه ثم اعدمت
اخذ الزوج بالنفقة على بنيه وطالب الحميل بما يرجع به عليه وان
ثبت الضرر ولاية فحكى فضل عن بن الماجشون ان لم يعلم الزوج
سفهها فحقه على الحميل وان لم يعلم الحميل بذلك لانه دخل فيما
لو شا كشفه لكشفه وان علم الزوج بذلك لم يرجع على الحميل
ولا عليها بشي علم بذلك الحميل ام لا وقال اصبغ في العتبية
يلزم الحميل ما تحمل به الزوج فرع اذا خالع زوجته على
ان تتحمل بالولد مدة معينة وشرط عليها ان لا تتزوج فلا
تخلوا من ان يكون شرط عليها ان لا تتزوج في الحولين مدة
الرضاع او فيما بعد ذلك فان شرط عليها ان لا تتزوج في الحولين
ففي سماع اشهب من كتاب التخيير عن مالك ان ذلك لا يلزمها
ولها ان تتزوج وقال يشترط عليها تحريم ما احل الله ارايت
لو قال لها لا تتزوجي خمسين سنة ولمالك في كتاب ابن المواز
ان ذلك يلزمها ولا تنكح حتى تفطم ولدها وقاله ابن نافع في
سماع اشهب المذكور قال ابن رشد في السماع المذكور وياتي على

مافي

مافي المدونة من ان المراة اذا آجرت ظيرا فليس لها ان تتزوج انه
ليس للمصالحة على رضاع ولدها ان تتزوج في الحولين ولو لم يشترط
ذلك عليها وما في رسم الرهون من سماع عيسى من كتاب التخيير
انه ينظر في ذلك فان كان ذلك لا يضر بالصبي لم يحل بينها
وبين التزوج قول رابع واما اشتراطه عليها ترك النكاح بعد امد
الحولين مدة قريبة او بعيدة فلا اختلاف ان ذلك لا يلزمها كما
لا يلزم الزوج اشتراط ذلك انتهى ونص ما في رسم الرهون الذى
اشار اليه قال في رجل بارى امراته على مال وعلى رضاع ولدها
سنتين هل تتزوج قال ان كان لا يضر الصغير خلي بينها وبين
التزويج وان كان في ذلك ضرر لم تترك بمنزلة من استرضع امراة
لا زوج لها واراد التزويج فينظر في ذلك على ما وصفت لك
قال محمد بن رشد من الاتفاق على انه لا يلزمها ترك النكاح فيما بعد
الحولين يخالف لما ذكره ابن سلمون عن كتاب الاستغنا ونصه
قال ابن رشد اذا صالحت المراة على رضاع ولدها فدليل ما في المدونة
انها ممنوعة من التزويج حتى تتم مدة الرضاع وفي كتاب الاستغنا
اذا التزمت الام حضانة بنيها وتزوجت فسخ النكاح حتى تتم امد الحضانة
قال بعضهم يريد قبل البنا وقال الابهري شرطه باطل ولا يجوز
وتتزوج ان احبت والمعروف من قول مالك في المستخرجة انها تتزوج
وان شرط عليها في عقد الخلع ان لا تتزوج مدة الرضاع ثم ذكر بقية
الاقوال الاربعة المتقدمة في كلام ابن رشد ولا شك ان ما قاله ابن رشد
وان لم يكن متفقا عليه فهو الظاهر وفي كلام ابن سلمون ترجيح القول بانه لا يلزم

من طالع زوجته على ان لا يعارفها وتعطيه شيئا على ان لا ينكح ابدا

ولا في مدة الرضاع وهو الظاهر وهو خلاف ما يظهر من كلام ابن رشد
فتامله **فرع** واما عكس هذه المسئلة فذكر في رسم سعد من سماع
ابن القاسم من كتاب التخيير في رجل صالحته زوجته على ان يفارقها
وتعطيه شيا من مالها على ان لا ينكح ابدا فان فعل رد اليها مالها
قال مالك له ما اخذ منها والشرط باطل **قال** ابن رشد هذا بين لانه اذا
لم يلزم بالشرط ان لا يتزوج عليها فاحرى ان لا يلزمه ان يرد اليها
ما اخذ منها ان نكح لان الخلع يؤول بذلك الى فساد اذ لا يدرى
هل يرجع اليها فيكون سلفا او لا يرجع **و**يلزم في هذه المسئلة
على قياس ما في سماع عيسى من طلاق السنة في المخالع بثمرة
لم يبد صلاحها ان يمضي الخلع ويكون له خلع مثلها **و**هذا اذا
عثر عليه قبل ان تدفع اليه ما خالعته عليه **و**اما ان لم يعثر
على ذلك حتى دفعت اليه ما خالعته عليه وغاب عليه فلينفذ
الخلع ويبطل الشرط لان فسخه ورده الى خلع مثلها تتميم للفساد
الذي اقتضاه الشرط انتهى **قلت** وفي قوله ان فسخه ورده الى
خلع مثلها تتميم للفساد نظر **قال** ابن عرفة ويلزم عليه كون البيع
الفاسد بعد فوته بالقيمة تتميما للفاسد **و**ذكر ابن عرفة هذه المسئلة
في الخلع **و**ذكر المسئلة الاولى في كتاب الوصايا الاول كلام ابن رشد هذا
وكلامه في سماع اشهب باختصار **و**ياتي في الباب الثاني ان شاء الله
مثله في كلام ابن رشد من هذا المعنى **و**المشهور جواز الخلع بالغرر
فرع واما اعطا الرجل زوجته وام ولده شيا على ان لا تتزوج فذلك
جائز وكذلك عكسه ولا يمنعان من الزواج لكن يرجع عليهما بما اخذتاه

قال

16

لو اوصى لام ولده بعرض على ان لا تتزوج

قال في كتاب الوصايا من المدونة ومن اسند وصيته الى ام ولده على ان لا
تتزوج جاز ذلك فان تزوجت اخذت منها **قال** ابو الحسن وكذلك اذا
اوصى لزوجته على ان لا تتزوج جاز ذلك ابن يونس كما جاز ان تعطي المراة
زوجها مالا على ان لا يتزوج عليها وان كان ذلك حلالا لهما الا انهما
منعا انفسهما من الانتفاع بالنكاح لانتفاعهما بالمال فمتى رجعا عن
ذلك رجع عليهما بما اخذا **و**قوله عزلت **قال** عياض يسقط ايضا وها
بالعقد بخلاف الحضانة لا تسقط حضانتها الا بالدخول انتهى **فرع**
قال عبد الحق ولو اوصى لام ولده بعرض على ان لا تتزوج فباعته او
وهبته ثم تزوجت ففعلها ماض ويرجع عليها بقيمته **و**قال
بعض شيوخنا اذا باعته فليس عليها الا المثل **قال** ولو ضاع
العرض بامر من الله تعالى لم تضمنه ابو الحسن هذا اذا قامت
البينة على الضياع انتهى **فرع** اذا طلبت المطلقة نفقة ولدها
من ابيه فادعى ابو الولد ان اباها التزم نفقة الولد وقالت الزوجة
انفق على ولدك حتى يثبت لك ما تدعيه على ابي فافتى ايوب بن سليمان
ومحمد بن لبابة **و**عبيد الله بانه ينفق على ولده الى ان ينظر بينة وبين
جد الصبي ذكره ابن سهل **قال** في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب من
كتاب القراض ولو شرط الربح لغيرهما جاز **قال** ابن عبد السلام وهل يلزمهما
الوفا به ويقضي به على الملتزم ان امتنع **و**اما ان كان غير معين كالمساكين
فالمشهور انه لا يقضي به ان امتنع **و**على ما في الموازية ينبغي ان يقضى
خليل **و**المشهور مذهب المدونة لان فيها اذا اشترط المتقارضان عند
تعاملهما ثلث الربح للمساكين جاز ذلك ولا احب لهما الرجوع فيه ولا يقضى

بذلك عليهما انتهى كلام التوضيح قال ابو الحسن في شرح مسيلة كتاب القراض
هذا كمن نذر للمساكين مالا وجعل ذلك في يمين وبعضهم اذا كانوا
غير معينين لقضوا انتهى ومثله ما تقدم عن كتاب الشركة من المدونة
ان الرجل اذا قال للرجل لك نصف ما اربح في هذه السلع لزمه ذلك
وله طلبه بذلك ما لم يفلس او يموت انتهى فرع قال في كتاب القراض
من المدونة ان لم يشغل العامل المال حتى نهاه ربه عن العمل فتعدى
فتجر فيه فالضمان عليه والربح له قال بن يونس عن بن حبيب
الا ان يقر انه اشترى للقراض فالربح للقراض ولا يرفع عنه ذلك
حكم الضمان قال في التوضيح لان العامل التزم لرب القراض نصيبه
من الربح فيلزمه الوفا به قال وقال بن عبد السلام في ذلك نظر لاحتمال
ان يقال لم يلتزم العامل ذلك على شرط عدم الضمان قلت وقول بن
حبيب في مسيلة القراض خلاف لمذهب المدونة كما مشى عليه الشيخ
خليل في مختصره وصاحب الشامل فصل قد تقدم ان الالتزام
المطلق يقضي به على الملتزم ما لم يفلس او يموت او يمرض وهذا اذا
حصل شي من هذه الامور قبل حوز الشي الملتزم به كما في الهبة فان التزم
شخص لشخص السكنى في داره هذه فاسكنه اياها ثم مات الملتزم لم
تبطل السكنى لان الحوز قد حصل قال البرزلي في مسايل الانكحة عن نوازل
ابن الحاج فيمن زوج ابنته والتزم لصهره الاسكان مدة العصمة
ثم رهقه دين ثم مات فقام ارباب الديون يطلبون ديونهم
وذهبوا لبيع الدار وابطال السكنى انه اذا حاز الزوج
السكنى بالفعل قبل الدين وجبت له ولا تباع الدار حتى تنقضي مدة العصمة

بموت

بموت او طلاق فيوخذ منه هل تصح التزام المجهول كما تقدمت الاشارة اليه
في الكلام على الاركان لانه كالهبة وهبة المجهول صحيحة انتهى فرع
قال البرزلي في مسايل الاقضية في اخ التزم لاخيه واخته مثل
ما التزم لهما اخ رابع في قطع دعواه عنهما من ميراث بينهم ولم يكن
الرابع بين للاخ جميع ما التزمه فلما علم بذلك ذهب الى انه لم يقصد
الاشيا بعينها الا غير فافتى ابن ابي عيسى واكثر اصحابه انه لا يلزمه
الا ما نص وفسر وقال بن خلف الذي اعتقده انه يلزمه ما التزمه
اخوه انتهى قلت ان كان الاخ الملتزم اولا قد ذكر لاخيه بعض اشيا
مما التزمه وافهمه ان ذلك جميع ما التزمه فلا اشكال انه لا يلزم الملتزم
ثانيا الا ما بين له وكذا ان دل سياق الكلام والبساط على التزام
اشيا معينة ثم ذكر والده اشيا اجنبية عن ذلك وان كان الامر على
خلاف ذلك فالظاهر ما قاله ابن خلف وانه يلزمه جميع ما التزمه
اخوه فتامله والله اعلم فرع ويقرب من هذا ما وقع في رسم سن
من سماع ابن القاسم من كتاب الايمان بالطلاق وقال سيل مالك
عن رجل قال لرجل احلف ويميني مثل يمينك فحلف بالعتق والطلاق
فانكر ذلك قال مالك اذا انكره مكانه فذلك له وان صمت لزمته اليمين
قال محمد بن رشد قوله ان ذلك له اذا انكره مكانه معناه اذا ادعى انه
انما ظن انه يحلف بالله وانه لم يرد الان ذلك على ما في رسم سلف من سماع
عيسى وعلى ما حكاه بن حبيب في الواضحة ويكون عليه اليمين في ذلك
على ما حكاه بن حبيب وعدا ايضا اذا كانت للحالف زوجة ان كان حلف
بالطلاق او عبيد ان كان حلف بالعتق على ما في سماع ابن ابي زيد

لانه انما اراد ان يكون عليه مثل ما عليه فاذا لم يلزم الحالف في يمينه
شي لم يلزمه هذا شي الا ان يقول مثل قوله محاكيا له او يقول علي مثل
ما حلفت فيلزمه ذلك على ما قاله ابن حبيب في الواضحة فالروايات
كلها مفسر بعضها بالبعض لا يحمل شي منها على الخلاف وبالله التوفيق
تنبيه ومن التزام المجهول ما ياتي في فصل العدة فيمن
اشترى من رجل كرما فخاف الوضيعة فاتى اليه المشتري
يستوضعه فقال له بع وانا ارضيك وسياتي كلام ابن رشد
فيها مستوفي ان شا الله تعالى فصل للشخص الرجوع عن
وصيته بلا خلاف فان التزم عدم الرجوع عنها فالاصح انه يلزمه
قال ابن عرفة في مختصره الفقهي فلو التزم عدم الرجوع ففي لزومه
خلاف بين فقها تونس ابن علوان ثالثها ان كان بعتق وقال في
مختصر الحوفي فان التزم عدم الرجوع لزمه على الاصح وقال في التوضيح
قال في الوثايق المجموعة اذا قال اشهد اني ابطلت كل وصية تقدمت
فانها تبطل الا وصية قال فيها لا رجوع فلا تبطل حتى ينص عليها قلت
ونحوه في الشامل وظاهره يقتضي ان له الرجوع ولو التزم عدم الرجوع
فهو جار على مقابل الاصح اذ لا فرق بين قوله لا رجوع لي فيها وبين التزامه
عدم الرجوع ولذا قال المشدالي في حاشيته على المدونة قال ابن راشد في
المذهب للموصي الرجوع عن وصيته ولو قال لا رجوع لي فيها على ظاهر
المذهب وهو يتخرج فيها قول بعدم الرجوع من قولهم في انت طالق واحدة
لا رجعة فيها ومن شرط التصديق في القضا وهو خلاف قول ابن عرفة
في اختصار الحوفية فلو التزم عدم الرجوع لزمه على الاصح وفي بعض النسخ
على

الرجوع عن الوصية

فيمن التزم عدم الرجوع في الوصية

على المشهور انتهى ثم ذكر المشدالي كلام ابن عرفة في مختصره الفقهي
ثم قال وللفقها المشاهير بافريقية عليها اجوبة منها للبرجيني
والبرقي وابن المواز وابن شعيب قايلا المنقول لزوم الالتزام
انتهى ونقل عن التونسي وصاحب الاكمال والمتيطي اللزوم قلت
ونص كلام التونسي في اول كتاب التدبير ولو قال في الوصية لا رجوع
لي فيها او فهم عنه ايجاب ذلك على نفسه لكانت كالتدبير ولم يكن له
رجوع من ذلك انتهى فظهر ان اللزوم هو الاصح كما قال ابن عرفة وانه
لا فرق بين قوله لا رجوع لي فيها او التزم عدم الرجوع والله اعلم تنبيه
ذكر ابن ناجي في شرح المدونة الخلاف في هذه المسيلة بين المتاخرين من التونسيين
وغيرهم وان المتاخرين من التونسيين الفوا فيها ثم قال واذا فرعنا على
ان له الرجوع واشترط ان لا يرجع بعد ان عرف باختلاف العلما فاخذ بقول
من يرى العمل بذلك اي بعدم الرجوع فقال شيخنا حفظه الله يعني البرزلي
يعمل على ما اشترط عليه وقال شيخنا ابو مهدي له الرجوع لما ذكرناه اولا انتهى
قلت وكانهم لم يقفوا على نص في المسيله وقد ذكره المتيطي لما ذكر اشتراط
التصديق في قبض الدين وذكر الخلاف فيه واختلف اذا قال العاقد في
شرط التصديق بعد ان عرف باختلاف اهل العلم في وجوب اليمين وسقوطها
فاخذ بقول من يرى سقوطها هل ينفع ذلك رب الدين ويخرج به من الخلاف
اولا فذهب بعض اهل العلم الى ان ذلك ينفعه وتسقط عنه اليمين
ويخرج به من الخلاف ويقضي عليه بما قضى به على نفسه وذهب
بعضهم الى ان ذلك لا ينفعه ولا بد له من اليمين وليس للغريم ان
يتخير على الحاكم ويحكم على نفسه بقول قايل من اهل العلم حتى يكون الحاكم

Copyright © King Saud University

هو الذي يقضي بما ظهر له من الخلاف في ذلك ذكر ذلك في الكلام على شروط
النكاح لما ذكر شروط المعيب وكرره في باب السلم ايضا لما تكلم على
اشتراط التصديق في قبض المسلم اليه وعزى القول الاول لابن الهندي
والثاني لابن العطار وذكر عن بن بشير من الموثقين انه صوب الاول
قلت ونظير هذه المسيلة على ما ياتي في الباب الثاني في الالتزام
المعلق على فعل الملتزم بكسر الزاي الذي يقصد به الامتناع من الفعل
فان المشهور انه لا يقضى به كما سياتي بيانه فلو التزم شخص على ما فيه
بالخلاف مقلدا للقول باللزوم فهل يحكم عليه به او لا ويدخله الخلاف
المذكور هنا في كلام اللخمي في كتاب العارية وفي كتاب الرهن اشارة الى ان
الراجح عدم اللزوم وسياتي كلامه في الفصل الثاني من الخاتمة في الكلام
على الشروط المتعلقة بالرهن والعارية قلت وهذا هو الظاهر اعني
ان تقليد ذلك القول القايل باللزوم لا يوجب القضا عليه بذلك
بل ليس للحاكم ان يحكم به اذا كان مرجوحا عنده لانه انما يحكم
بالراجح عنده وان كان خلاف ما يعتقده المحكوم عليه او به الا ترى
انه لو عقد شخصان عقدا يعتقدان جوازه من بيع او غيره ثم
طلب احدهما فسخه ورفع الامر الى حاكم يرى فسخه فانه يحكم بالفسخ
فتامله وهذا الكلام كله في هذه المسيلة تفريع على القول المرجوح فان
الراجح فيها اللزوم كما تقدم والله اعلم فرع ويشبه مسيلة
الرجوع في الوصية مسيلة اعتصار الابوين الهبة من ولدهما
حيث يجوز لهما الاعتصار فلو التزم الواهب منهما عدم الاعتصار
فالظاهر لزوم ذلك له ولم اقف عليه منصوصا والله اعلم فرع

الوكالة

الوكالة ان لم يتعلق بها حق الغير فله عزل وكيله والظاهر ان له ذلك
ولو التزم عدم عزله واما ان تعلق بها حق الغير فالراجح انه ليس
للموكل عزل الوكيل قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب في كتاب الوكالة
ومهما شرع في الخصومة فلا ينعزل ولو بحضورهما ما نصه لما ذكر العزل
وافهم كلامه ان للموكل العزل بين هنا انه مشروط بان لا يتعلق بالوكالة
حق للغير انتهى وقال في الذخيرة في كتاب الرهون عن بن الجلاب اذا وكلت
في بيع الرهن فليس لك عزل الوكيل الا برضى المرتهن لان القاعدة ان
الوكالة عقد جايز من الجانبين ما لم يتعلق بها حق للغير وفي المبسوط
ان لك العزل كساير الوكالات انتهى ونحوه للباجي في المنتقى وذكر الخلاف ايضا
في كتاب الرهون من التوضيح قال في الشامل وليس للراهن عزل من وكله في بيعه
على الاظهر الا باذن مرتهنه انتهى وعلى القول ان للموكل ان يعزل وكيله ولو
تعلق بالوكالة حق للغير فاذا التزم الموكل عدم عزل الوكيل فالظاهر انه يلزمه
كما يفهم من كلام ابن عبد السلام الذي نقله في التوضيح في باب السلم في مسيلة ما اذا
اسلم في شي على ان يقبضه ببلد اخر وانه يخرج المسلم اليه بفور العقد او يوكل
من يوفي للمسلم قال ما نصه ابن عبد السلام هل من شرط الوكالة في هذه المسيلة
ان يلتزم الموكل ان لا يعزل الوكيل حتى يقضي حق المشتري او لا يفتقر لذكر هذا
الشرط لان الحكم يقتضيه بسبب حق المشتري فلو عزله لم ينعزل وفي المسيلة
قول ثالث انه يجوز العزل الى بدل انتهى فيفهم منه انه اذا التزم الموكل عدم عزل
الوكيل لزمه والله اعلم فصل تقدم ان صيغة الالتزام ما دل عليه من لفظ
او غيره ونحوه ما تقدم في كلام التونسي في مسيلة الرجوع عن الوصية ومنه من
اعتق رضيعا فانه ان كان له اب حر ملي كان رضاعه ونفقته على ابيه وان لم يكن له اب

او كان له اب وكان عبدا او معدما فان رضاعه ونفقته على معتقه
قال ابن رشد في اخر سماع ابن القاسم من كتاب الرضاع لان من اعتق
صغيرا ليس له من ينفق عليه فنفقته عليه زاد في رسم باع غلاما
من سماع ابن القاسم من كتاب النكاح الى ان يبلغ لانه يتهم ان يكون
انما اعتقه ليسقط عن نفسه نفقته انتهى تنبيهان الاول
قوله حتى يبلغ ظاهره حتى يبلغ الحلم وهو الذي يفهم من كلامه
في رسم الشريكين من سماع ابن القاسم من كتاب التجارة الى ارض الحرب
الاتي قريبا في الفرع الذي بعد هذا بل هو كالصريح في ذلك لكنه
مخالف لما صرح به هو في غير هذا الموضع وكما صرح به غيره من
انه انما تجب نفقته الى حين قدرته على الكسب ولو بالسؤال قال
ابن رشد في شرح المسئلة السادسة من سماع ابن القاسم من جامع البيوع
فيمن اعتق رضيعا وباع امه واشترط رضاعه على المشتري ما نصه
واذا انقضى الرضاع كانت نفقته على سيده الذي اعتقه حتى يبلغ حد
الاثغار لان من اعتق صغيرا لزمه نفقته حتى يستغني بنفسه ويقدر
على الكسب عليها ولو بالسوال هذا معنى ما قاله ابن المواز فيمن اعتق
صغيرا او التقط لقيطا انتهى وقال الشيخ ابو اسحق التونسي
في اخر البيوع الفاسدة ان من اعتق صغيرا فعليه رضاعه
ونفقته الذي يستطيع فيه التكسب وصرح في مختصر
الوقار بان نفقته تسقط اذا بلغ القدرة على الكسب وسياتي
لفظه قريبا ان شا الله تعالى ونقل البرزلي في مسايل الانكحة وفي
مسايل الهبة ان نفقته تلزمه ما دام لا يقدر على التسول والكسب انتهى
والقدرة

والقدرة على الكسب ولو بالسوال تمكنه في سن الاثغار فهذه النقول
موافقة لما تقدم من كلام ابن رشد في جامع البيوع ولما ذكر ابن عرفة
كلام ابن رشد في جامع البيوع قال بعده اللخمي القياس ان لا نفقة
على سيده وتكون مواساته على اهل بلده سيده احدهم قال المتيطي
وهو الذي في وثايق ابن العطار قال المتيطي ثم حكى ابن العطار جواب
مالك في شرط السيد نفقته قال وهذا يدل على ان نفقته عليه انتهى
كلام ابن عرفة ذكره في الكلام على بيع وشرط وذكر بعد ذلك في الكلام
على التفريق بين الام وولدها كلام ابن رشد في رسم الشريكين الاتي
قريبا ولم ينبه على ما بينهما من المخالفة وكلام اللخمي الذي ذكره ابن عرفة
هو في كتاب التجارة الى ارض الحرب ونصه وفي كتاب محمد اتق على من
اعتق صغيرا نفقته لعجزه عنها والقياس ان لا شي عليه وتكون
مواساته على من بذلك البلد والسيد احدهم وان كان بيت مال انفق عليه
منه انتهى فتحصل في نفقة الصغير اذا عتق ثلاثة اقوال الاول
ان نفقته على من اعتقه حتى يقدر على الكسب والسوال وهو المنصوص
في كتاب ابن المواز وغيره وهو الماخوذ من المدونة والثاني انها على
من اعتقه الى البلوغ وهو الذي يفهم من كلام ابن رشد في كتاب النكاح وكتاب
التجارة الى ارض الحرب وما نقله البرزلي عن ابن عرفة الاتي في التنبيه
الثاني والثالث انه لا نفقة على سيده ونفقته في بيت المال او على
المسلمين وهو الذي في وثايق ابن العطار وقال اللخمي انه القياس الا ان
يحمل كلام ابن رشد في رسم الشريكين على ان مراده اذا لم يقدر على الكسب
في سن الاثغار وما بعده فتستمر نفقته الى البلوغ وقد قال ابن عبد السلام

Copyright © King Saud University

في باب الحضانة وزمان النفقة على هذا الصغير المعتق اقل
الاجلين اما بلوغه الحلم واما بلوغه قدر ما يسعى على نفسه
ما يكفيه انتهى ونقله عنه الشيخ خليل في التوضيح وقبله
وكذلك بن عرفة بل قال في اثنا بحثه معه في مسئلة وزمن
النفقة كما ذكر واذا كان الامر كذلك فلا يكون في المسئلة الا قولان
احدهما ان النفقة على معتقه الى حين قدرته على الكسب على
نفسه ولو بالسوال فان استمر عجزه استمرت النفقة الى
البلوغ وهذا هو الراجح من المذهب والقول الثاني ان نفقته
في بيت المال او على المسلمين ومقتضى كلام بن عبد السلام
ان النفقة تسقط بالبلوغ ولو استمر عاجزا وهو ظاهر على
القول بان من اعتق زمنا لا تلزمه نفقته واما على القول
بانها لازمة للمعتق فالظاهر لزومها **التنبيه الثاني**
جعل بن رشد نفقة هذا الصغير كالدين فلم يسقطها بالفلس
وتوقف في ذلك الشيخ ابو اسحق التونسي فقال في اخر كتاب
البيوع الفاسدة انظر لو فلس بعد ان عتق الصغير هل
تباع امه ويشترط رضاعه ومؤنته على المشتري وان
نقص ذلك من حق الغرما ويكون ذلك اوجب من نفقته
على ولده الذي لا يترك لهم من ماله الى ان يقدروا على
انفسهم انتهى وقال بن رشد في اول رسم من سماع بن
القاسم من جامع البيوع بعد ان ذكر كلام ابي اسحق
والذي اقول به في ذلك انه لا يلزم ان يشترط على المشتري

ذلك

ذلك فيكون قد بدي على الغرما بجميع حقه ولا يبطل ايضا
حقه جملة بتبدية الغرما كهبة لم تقبض حتى قام الغرما
على الواهب ولكن يحاص به الغرما بمبلغ نفقته الواجبة له
عليه بعتقه اياه وهو صغير لانه اضر به في ذلك فصارت
نفقته كالدين الواجب له عليه انتهى **قلت** واذا قال
بذلك في الفلس فاحرى في الموت فيوخذ من تركته قدر
رضاعه ومؤنته حتى يقدر على الكسب ويوقف ذلك
ليصرف عليه فان مات الصغير قبل استكماله ما وقف
له رجع ذلك للورثة وكذلك في مسئلة الفلس توقف وان
مات رجع للغرما هذا اعلم ما قاله بن رشد وذكر البرزلي
عن بن عرفة انه اختار ذلك واختار هو انه لا يلزم تركته
شي **قلت** وهو الظاهر عندي وكذلك عندي في مسئلة
الفلس لان هذا من باب المعروف وفي كلام البرزلي
فايدة اخرى فلنذكر بلفظه **قال** بعد ان ذكر كلام بن رشد
في كتاب طلاق السنة الاتي في الفروع بعد هذا ما نصه
قال شيخنا يعني بن عرفة قول بن رشد لا تلزمه نفقته الا
ان يكون عنده يقوم منه ان من اوصى بعتق صغير
لا يلزم الموصى نفقته في تركته وكانت نزلت ايام قضا
شيخنا ابن عبد السلام في مدبرة ولم يوجد عنده ولا عند
غيره نص فيها بعد البحث عنه وتوقف في ايجاب نفقتها
في ثلث مدبرها **قلت** ما ذكره عن بن عرفة هو في كتاب

Copyright © King Saud University

الحضانة من مختصره **قال** البرزلي ووقعت في عصرنا
في رجل اعتق صغيرا قبل ان يبلغ ان يسال **فاجاب**
شيخنا انه يوخذ من تركة معتقه ما يبلغه الى بلوغه
واشك ان القاضي حكم بذلك ويجري على ما قاله ابو
حفص انه يوخذ منه قدر ما يبلغه الى القدرة على التسول
وكان ظهر لي انه لا يلزم تركته شي من مسلة كتاب الجعل في
الذي مات بعد ان دفع نفقته لولده الصغير انها ترجع مع
الورثة وما وجب من نسب اقوى مما وجب بالاقتران وفي
المذهب مسايل تشهد لذلك الا ان يقال انما الزم رد هذا
لان الشرع انما وجب عليه النفقة مدة حياته وهذا
لما التزم العتق فكانه التزم لوازمه لكن هذا مشروط
بالحيازة لان كل ما يتبرع به من الاموال شرطه الحيازة
في الصحة وليس المرض والتفليس والموت بزمن حيازة
فلهذا اخترنا انه لا يلزمه شي وهو من فقرا المسلمين
كما اذا افتقر الحر فنفقته ولده الصغار على المسلمين
انتهى **قلت** وهذا هو الظاهر عندي ولا يقال ان هذا
حق وجب للصغير لانه لو وجب له لورث عنه اذا
مات ولا قايل به فعلمنا انه انما يستحقه شيا فشيا ما دام
المعتق لم يفلس ولم يمت واذا افلس او مات لم يجب
عليه شي ويبعد ان يقال ان من اعتق صغيرا ومات
وخلف عشرة دنانير فقط وترك اولادا صغارا ان العشرة

دنانير

دنانير توقف للصغير الذي اعتقه ويترك اولاده بلا
شي **و**قد تقدم فيمن التزم لزوجته ابنه نفقة سنين
سماها بدنانير سماها انه اذا مات سقط ذلك عنه
فتامله مصنفا والله اعلم **فرع** قال البرزلي
قال اللخمي ولمالك في مختصر ما ليس في المختصر ان
اعتق الصغير وامه مملوكة وامها حرة فتنازعاه
وامه عنده احق به الا ان يكون ذلك مضرا به
ومثله في العتبية **قلت** وهذه المسيلة في رسم
صلى نهارا من سماع ابن القاسم من كتاب طلاق السنة
قال ابن رشد انما راى انه لا يفرق بينه وبين امه
وراها احق بالحضانة من جدته الحرة لاجل ان سيدها
هو الذي ينفق عليه من اجل انه اعتقه صغيرا الا
ترى ان قول مالك وغيره في المدونة وغيرها ان من
اعتق صغيرا وامه عنده انه لا يبيعها الا ممن
يشترط عليه نفقته ليكون مع امه في نفقة سيدها
ولا ادري لم اوجبوا ذلك وما المانع من ان يكون
عند المشتري مع امه وتكون نفقته على البايع ورضاه
اللهم الا ان يقال ان نفقته لا تلزمه الا ان يكون عنده
فيكون المعنى في المسيلة على هذا انما وجب ان لا يبيعها
الا ممن يشترط عليه نفقته اذا لم يرد هو ان يخرج نفقته
من عنده وهو عند المشتري ويلزم على هذا في الذي

عتق الصغير

اذا تنازع على الولد المعتق الصغير

اعتق الصغير وامه عنده وله جدة حرة ان تكون الجدة
احق بالحضانة اذا رضي المعتق ان ينفق عليه وهو
عندها او رضيت هي بالتزام نفقته فانظر ذلك
وقال قبله القياس ان تكون الجدة الحرة احق بالحضانة
من الام من اجل سيدها كما انها احق بالحضانة من الام
من اجل الزوج لان حكم السيد على امته اقوى من حكم
الزوج على زوجته انتهى وقال المشذالي بعد ان ذكر
بعض كلام ابن رشد هذا فعلى هذا اقوله في الكتاب
ويشترط على الام وقال القابسي عن بعض الشيوخ
انه يجوز وليس بواجب بل يجوز ان يشترط عدم
التفرقة وتكون النفقة على البايع المعتق ويجوز اشتراطها
على المشتري ومسيلة المدونة التي ذكرها ابن رشد هي
في كتاب البيوع الفاسدة منها وفي كتاب التجارة الى ارض
الحرب قال في اخر كتاب البيوع الفاسدة ومن باع امة
ولها ولد حر رضيع وشرط عليهم رضاعه ونفقته سنة
فذلك جايز اذا كان ان مات الصبي ارضعوا له اخر
وقال في كتاب التجارة الى ارض الحرب ومن اعتق ابن امته
الصغير فله بيع امه ويشترط على المبتاع نفقة الولد
ومؤنته وان لا يفرق بينه وبين امه ونحوه في رسم
الشريكين من سماع ابن القاسم من كتاب التجارة الى ارض
وزاد فيه قال مالك وان بيعت بغير ارضها فلا ارى به
بأسا

على من باع امة لها ولد حر

باسا قال ابن رشد معنى المسيلة ان البايع اعتق الولد وهو
صغير ومن اعتق صغيرا فعليه نفقته حتى يبلغ فلما
كانت على البايع نفقته ولم تجز له التفرقة لم تجز له ان
يبيع الام الا ممن يشترط عليه ان لا يفرق بينهما وان
يكون مونته يريد الى ان يبلغ حد التفرقة قاله ابن القاسم
في العشرة يريد فترجع عليه هو النفقة اذا بلغ حد التفرقة
حتى يبلغ وفي جواز هذا البيع اختلاف اجازه هنا
وفي كتاب التجارة الى ارض الحرب من المدونة قال في العشرة
استحسانا لئلا يترك الصبي من غير نفقة فيهلك او يمنع
السيد من البيع فيضر به قال فان مات الصبي لم يجب
للبايع على المشتري شي لانه لم يرد بذلك الا كفاية المؤنة
لا التزيد في الثمن وقال سحنون لا يجوز البيع الا عند
الضرورة من فلس او شبه ذلك وقيل ان البيع لا يجوز
بحال لانه غرر اذ لا يدري هل يعيش الصبي الى حد
التفرقة او يموت قبل ذلك وقيل البيع جايز وان مات
الولد قبل الاثغار رجع البايع على المبتاع بقدر ذلك
من قيمة الام ولو اشترط ولو اشترط ان تكون النفقة
مضمونة الى حد الاثغار وان مات الولد قبل ذلك
لجاز البيع باتفاق انتهى وهذا الكلام ابن رشد الموعود به
تنبيهات الاول حمل ابن رشد كلامه في المدونة
في كتاب التجارة الى ارض الحرب على ان الامر وقع مبهما

Copyright © King Saud University

لم يبين فيه انه ان مات الصبي اتى البايع باخر وان
ماتت الام اتى المشترى باخرى وعلى انه اذا وقع الامر
مبهما يحمل على ان المقصود منه رضاع الصبي وانه
ان مات لم يرجع البايع على المشترى بشي قاله بن القاسم
في العشرة وهذا الذى حمله عليه خلاف ما تقدم في نص
المدونة في البيوع الفاسدة انه انما يجوز اذا كان ان
مات الصبي ارضعوا له اخر وخلاف ما نقل بن يونس
عن بن المواز انه فسر كلام المدونة في كتاب التجارة الى ارض
الحرب بان البيع وقع على انه ان مات الصبي كان للبايع
ان ياتي بمثله وقبل بن يونس تفسيره كذلك وكذلك
الشيخ ابو الحسن الصغير والعجب من بن يونس والشيخ
ابي الحسن كيف نسباه لابن المواز وهو نص المدونة
في اجل البيوع الفاسدة وفسر المشذالي في حاشيته كلام
المدونة في كتاب التجارة الى ارض الحرب بذلك ولم يعزه
لاحد وصرح بن رشد في اول رسم من سماع بن القاسم
من جامع البيوع بانه اذا اشترطوا ارضاع الصبي على
المشتري فانما يجوز بشرطين ان يكون ذلك مضمونا
على المشترى ان ماتت الام اتوا باخرى وان مات الصبي
اتى البايع باخر وانه ان شرط ذلك في عين الصبي
لم يجز واذا وقع الامر مبهما ولم يشترط على المشتري
انها ان ماتت اتى باخرى اختلف فيه فحمله بن القاسم
على

على المضمون واجازه وحمله سحنون على انه في عين الامة
فيبطل بموتها فلم تجزه على وجه الضرورة مثل ان
يرهقه دين فتباع فيه وذكر بعد ذلك في رسم سلعة
سماها من السماع المذكور قول بن القاسم في العشرة
الذي تقدم ذكره وقال انه بعيد قلت فما في
رسم الشريكين وحمل عليه المدونة غير ظاهر بل يتعين
حملها على ما حملها عليه هو وغيره وسياتي كلامه
الذى في جامع البيوع وذكر بن عرفة كلام بن رشد في
رسم الشريكين المتقدم في الكلام على التفرقة بين الام
وولدها وقال بعد قوله ولو شرط ان يكون النفقة
مضمونه على حد الاثغار وان مات الولد قبل ذلك
لجاز البيع باتفاق ما نصه قلت هو معنى نقل الصقلي
عن محمد شرط بيعه انه ان مات قبل الاثغار اتي بمثله
وليس للام تركه وان كانت له جدة قلت لانه حق
على البايع في عين الامة انتهى كلام بن عرفة فقيل تفسير
ابن يونس المدونة بكلام بن المواز ولم يتعقبه بانه نص
المدونة في البيوع الفاسدة كما تقدم ولم يتعقب كلام
ابن رشد بانه خلاف ما قاله في جامع البيوع مع نقله
لذلك ايضا قبل في الكلام على بيع وشرط الثاني قول
ابن عرفة الان ذلك حق على البايع في عين الامة يقتضي
انه يجوز اشتراط الرضاع في عين الامة وان ماتت

Copyright © King Saud University

اتي المشتري بخلافهما ومرظا في قول بن رشد في اول
رسم من سماع بن القاسم من جامع البيوع وان ذلك لا يجوز
لما فيه من التحجير على المشتري في الامة التي اشتراها
اذ لا يقدر على التصرف فيها بما يجوز لذي الملك في ملكه
من اجل الشرط واصله للشيخ ابي اسحاق التونسي في شرح
المدونة في اخر كتاب البيوع الفاسدة وذكره بن يونس
في اخر البيوع الفاسدة بلفظ قيل ثم قال بعده
زاد انه بقدر على بيعها بان يشترط على المبتاع الرضاع
ايضا انتهى قلت ظاهر كلام بن رشد انه لو شرط الرضاع
مضمونا لجاز للمشتري ان يبيع الام وياتي بمرضعة للصبي
خلافها وليس كذلك للتفرقة بين الام وولدها وسياتي
ان شاء الله تعالى في الفصل الثاني من الخاتمة الكلام على مسئلة
اشتراط رضاع الصبي باوسع من هذا والله اعلم
الثالث قال اللخمي وان سافر المشتري بالام سافر
بالولد معها والكرا على المشتري ونقله ابو الحسن الصغير
وقال لانه التزم مونته ومن جملتها ما يحمله عليه في السفر
فرع قال في المدونة وان اعتق الام جاز له ان يبيع
الولد ممن يشترط عليه ان لا يفرق بينه وبين امه قال بن
يونس قال بن المواز ونفقة الام على نفسها وقال اللخمي اذا
اعتق الام واخرجها من حوزه ترك الولد في حضانتها
ان كان لا خدمة له وان كانت له خدمة كان مبيته عندها
ويأوي

ويأوي اليها في نهاره في وقت لا يحتاجه السيد للخدمة وان باعه
شرط على المشتري كونه عندها وللمشتري ان يسافر به وتتبعه
الام حيث كان انتهى قلت وهذا الى زمن التفرقة فاذا
انقضى فله التفرقة بينهما وانظر اذا تزوجت هل له ان
ياخذه منها ويفرق بينه وبينها ام لا والظاهر الاول لان
الزواج يسقط حق الحاضنة من الحضانة وفي كلام بن عبد السلام
وبن عرفة في باب الحضانة اشارة الى نحو هذا فتامله والله اعلم
فرع قال الشيخ ابو الحسن الصغير في كتاب التجارة الى
ارض الحرب في شرح المسئلة المتقدمة قال الشيوخ من هذه
المسئلة ان من اعتق زمنا كانت نفقته عليه ومثله في كتاب
محمد وقيل نفقته على المسلمين وهو واحد منهم او على السلطان
انتهى ونقله المشذالي في حاشيته على المدونة قلت واختار
صاحب الطراز سقوط نفقة الزمن بعتقه ونصه في باب
زكاة الفطر زمانة العبيد ليست بسبب للعتق اجماعا
نعم لو اعتقهم السيد عند زمانتهم صح منه عتقهم اجماعا
وهل تسقط نفقتهم عنه ذكر عبد الحق فيه اختلافا والقياس
سقوطها لان الحكم الغير الموبد اذا ثبت لعلة زال بزوالها
والنفقة غير موبدة ولهذا تسقط بعتق الصحيح وموجبها
الملك وقد زال بالعتق اجماعا حتى لا يجوز وطي المعتقة
ونظيره الزوجة اذا زمنت فطلقها تسقط عنه مونتها
لزوال ملكه عن نكاحها انتهى قلت وما قاله ظاهر من جهة النظر

الزواج يسقط [illegible] الحاضنة [illegible]

من اعتق زمنا [illegible] نفقته عليه

اذا سافر المشتري [illegible]

Copyright © King Saud University

ولكن الجاري على ما تقدم في الصغير ما ذكره ابو الحسن عن الموازية
وهذا اذا لم يقدروا على الكسب ولو بالسوال فان قدروا على
ذلك فالظاهر سقوط النفقة عن السيد حينيذ بلا خلاف
والله اعلم **فرع** من اعتق صغيرا فانه يخرج عنه زكاة
الفطر لان نفقته وجبت بسبب الرق السابق **قال** في مختصر
الوقار في باب زكاة الفطر ويخرج الفطرة عن الرضيع اذا
اعتقه حتى يبلغ الكسب على نفسه فتسقط عنه نفقته انتهى
ومن اعتق زمنا فيجري على الخلاف في سقوط نفقته عنه
ووجوبها عليه والله اعلم **فرع** قال ابو الحسن الصغير
اختلفوا في التزام المتسلف التصديق في القضاء دون يمين تلزم
المتسلف في دعوى القضاء فاجازه ابن العطار على الطوع
وقال احمد بن سعد ان كان شرطا فهو سلف جر نفعا **و**ان كان
بعد العقد فهبة مديان فلا يجوز عنده مطلقا **وقال** في رسم
سلعة سماها من سماع ابن القاسم من كتاب المديان فيمن صالح
رجلا على دراهم كانت عليه على ان يعطيه خمسة دراهم كل شهر
وليس للذي عليه الحق ان يستحلف الطالب ان ادعى انه دفع
اليه شيا بغير بينة **قال** مالك هذا الشرط غير جايز وارى
عليه حلف ولم ينفعه شرطه **قال** ابن رشد كان الشيوخ يحملونها
على الخلاف لما في اخر الرسم الاول من سماع اشهب من كتاب العيوب
من اعمال الشرط باسقاط اليمين ولما في رسم اخذ يشرب خمرا
من سماع ابن القاسم من كتاب البضايع من التفرقة بين المامون

وغيره

من اعتق زمنا
يجب اخراج زكاته
الفطر

في التزام المتسلف
التصديق بلا يمين

وغيره والذي يبيع لنفسه ولغيره فيحصلون في المسيلة ثلاثة
اقوال اعمال الشرط **و**ابطاله **و**التفرقة بين المامون والذي
يبيع لغيره وبين الذي ليس بمامون ويبيع لنفسه **و**الذي
اقول به انها ليست بخلاف لان المعنى فيهما مختلف تلك
اسقاط اليمين ان كانت قد وجبت قبل ان يعلم بوجوبها وهذه
اسقاط اليمين فيها قبل وجوبها فلا يدخل الخلاف فيها الا
بالمعنى من اجل ان اسقاط الحق قبل وجوبه اصل مختلف
فيه في المذهب لا من هذه المسايل **و**قد مضى بيان هذا مستوفى
في سماع اشهب من كتاب العيوب فقف عليه هنالك انتهى
قلت والذي في سماع اشهب من كتاب العيوب هو قوله
فيمن باع رقيقا بالبراءة واشترط على المشتري الا يمين على البايع
ان وجد المشتري عيبا واراد ان يحلف البايع انه ما علم به ان الشرط
عامل انتهى **و**الذي في سماع ابن القاسم من كتاب البضايع هو
قوله في مسيلة بيع الرقيق بالبراءة ان الشرط عامل في الرجل
المامون **قال** والذي يبيع لغيره كالوصي والوكيل **و**اما غير المامون
اذا باع لنفسه فلا يفيده الشرط **قال** ابن رشد في سماع اشهب
من كتاب العيوب فالخلاف بين الروايتين في الذي ليس بمامون
اذا باع لنفسه يعني فلم ير الشرط نافعا له في هذا السماع
قال وكان من ادركنا من الشيوخ يذهبون الى ان المعنى في
هذه المسيلة **و**في مسيلة اشتراط التصديق في اقتضاء الدين

البايع بالبراءة واشترط
اسقاط اليمين عليه

Copyright © King Saud University

التي في سماع بن القاسم من كتاب المديان سواء فياتي فيها ثلاثة
اقوال اعمال الشرط وابطاله والتفرقة بين المامون والذي
يبيع لغيره وبين الذي ليس بمامون ويبيع لنفسه والصواب
انهما مسيلتان مفترقتا المعنى لا تحمل احديهما على الاخرى
لان التي في هذا السماع اعني سماع اشهب من كتاب العيوب
وفي سماع بن القاسم من كتاب البضايع اشترط فيها اسقاط
يمين ان كانت قد وجبت حين الشرط ولم يعلما بوجوبها
والتي في كتاب المديان اشترط فيها اسقاط يمين يعلم انها
لم تجب بعد فالاولى بمثابة ان يقول الرجل ان كان
اشترى فلان هذا الشقص بكذا فقد سلمت له الشفعة
فهذا يلزمه التسليم ان كان قد اشترى والثانية بمثابة
ان يقول ان اشترى فلان هذا الشقص بكذا فقد سلمت
له الشفعة فهذا لا يلزمه التسليم ان اشتري لانه اسقط
حقه قبل ان يجب له فلا يدخل الخلاف في مسيلة التصديق
في اقتضاء الديون دون يمين من مسيلة كتاب العيوب
لا فيها نص خلاف قال في الواضحة وكل من وضع يمينا
قبل ان يجب فهي موضوعة وانما يدخل الخلاف فيها
بالمعنى لان اسقاط الحق قبل وجوبه اصل يختلف فيه
انتهى قلت في اصل كلام بن رشد ان الذي يختاره
ان مسيلة اشتراط التصديق في اقتضاء الديون دون
يمين

اشتراط التصديق

٣٦

يمين المنصوص فيها ان ذلك لا يفيد واليمين لازمة كما تقدم
في سماع بن القاسم من كتاب المديان وكما قال في الواضحة وانه
ليس في ذلك خلاف منصوص وانما يتخرج الخلاف في ذلك
من مسيلة اسقاط الحق قبل وجوبه ولم يذكر ما حكاه
ابو الحسن عن بن العطار واما مسيلة من باع رقيقا واشترط
انه لا يحلف انه ان ادعي عليه بعيب قديم فذلك لازم
في الرجل المامون وفي الذي يبيع لغيره واما غير المامون
اذا باع لنفسه ففيه القولان وانظر كلام الواضحة الذي
استدل به ابن رشد فان الظاهر ان فيه سقطا وهذه
طريقة بن رشد وطريقة غيره ان الخلاف جار ايضا في شرط
التصديق في السلف والبيع كما ذكره هو وعمن تقدمه من
الشيوخ قال في التوضيح في باب الرهن لما تكلم على شرط المرتهن
عدم الضمان فيما يغاب عليه ما نصه وقد اختلف المذهب
في البايع بثمن الى اجل يشترط في عقد البيع انه مصدق
في عدم قبض الثمن هل يوفى له امرا ويوفى للمتورعين
عن الايمان دون غيرهم على ثلاثة اقوال وعلى انه يوفى
فهل يجوز مثل في القرض قال بعضهم لا يجوز لانه سلف
جر منفعة والصحيح الجواز لانه شرط نشا عنه توثق فكان
كالرهن والحميل انتهى واصله لابن عبد السلام وقال
بعد قوله والصحيح الجواز والحق وقال بن ناجي في شرح
قوله في المدونة في كتاب الشهادات ومن اقام شاهدين

اشتراط البايع انه مصدق في نقده

Copyright © King Saud University

على حق له فليس عليه ان يحلف مع شاهده الان يدعي
المديان انه قضاه فيما بينه وبينه فانه يحلف فان نكل حلف
المطلوب وبرئ ظاهر قوله الا ان يدعي انه قضاه ان
الحكم كذلك ولو شرط عليه التصديق في دعوى القضا
دون يمين وهو كذلك سوا كان مأمونا ام لا و هو احد
الاقوال الثلاثة و قيل يحمل على الشرط مطلقا فلا يحلف
وعليه العمل و قيل مثله ان كان مأمونا انتهى قلت
وذكر الاقوال الثلاثة المتيطي في كلام على شرط العيب في
شروط النكاح و في السلم في الكلام على شرط التصديق ثم
ذكر عن الباجي بان الخلاف فيه انما هو اذا كان في اصل
العقد و اما ان كان على الطوع فلا اختلاف فيه
انتهى بالمعنى فاذا كان في اصل العقد فالقول بعدم
اعمال الشرط نص الرواية عن مالك كما تقدم و ابن
رشد يحكي الاتفاق عليه فهو راجح والله اعلم وقال
الشيخ ابو الحسن الصغير في كتاب الرهون في شرح قوله
ويجوز رهن المصحف ولا يقرا فيه اخذه منه ان
المتسلف اذا اشترط على المسلف اسقاط يمين القضا لا يجوز
لانه سلف جر منفعة انتهى وقال في كتاب الوديعة في
شرح قوله ولو شرط الرسول ان يدفع الى من امره بغير
بينة لم يضمن مانصه ولو شرط ان لا يمين عليه قال
عبد الحق ليس ينفعه ذلك لان اليمين انما ينظر فيها وقت

وجوب

وجوب تعلقها فكانه شرط اسقاط امر لم يكن بعد انتهى
وما ذكره عن عبد الحق هو في كتاب النكت تنبيهان
الاول قال المتيطي في الكلام على شرط المغيبة من شروط
النكاح لما ذكر الخلاف المتقدم في اشتراط التصديق
ولو راد العاقد في الشرط باثر قوله فاخذ بقول من يرى
منهم سقوط اليمين لعلمه وتحققه بثقة رب الدين وامانته
لسقطت اليمين بلا خلاف في ذلك انتهى قلت فكان
اليمين عنده يمين تهمة فحيث اقر بامانة رب الدين
وديانته سقطت الثاني قال المتيطي في الكلام على شرط
التصديق في السلم و قولنا مصدق بلا يمين هو الذي
يسقط عنه اليمين و اما لو قال مصدق ولم يقل بلا
يمين ففيه اختلاف من قول مالك فمرة قال لا يصدق
ويحلف ومرة قال يصدق ولا يحلف وقال سحنون لم
يصدقه اذا احلفه انتهى قلت والظاهر هو القول
الثاني لانه اذا احلفه لم يكن لشرط التصديق فايدة لانه لو لم
يشترطه لم يتوجه عليه الا اليمين فتامله والله اعلم
فرع ومن ذلك من تزوجت وهي ساكنة في بيت لها
او بكراء فسكن الزوج معها فلا كراء عليه الا ان تبين
انها ساكنة بالكرا و يقول اما اديت او خرجت قال اللخمي
لان العادة جارية ان ذلك على وجه المكارمة و ان سكن
بها في مسكن لابيها او امها كان كمسكنها لا شي لها عن مدة

Copyright © King Saud University

كانت في العصمة واما الاخ والعم فالامر فيهما مشكل فيحلف
وليستحق الا ان تطول المدة والسنون وهو لا يتكلم على
شي فلا شي له ومثله اذا سكن عند ابويه ثم طلبا الكرا فلا
شي لهما وذلك لاخيه وعمه ان لم يقصد لبلا على المكارمة
و اختلف اذا طلقها الزوج فطلبته بالكراء في مدة العدة
فقال بن العطار والاصيلي لا يلزمه ذلك و ذهب
ابن عتاب واللخمي الى اللزوم لان المكارمة قد زالت بالطلاق
و ذكر الشيخ خليل في مختصره القولين قلت والظاهر
اللزوم لا سيما لو كانت باقية في العصمة وطلبت منه
الكرا في المستقبل لكان لها ذلك ونقل المنبطي انه الاقيس
فتامله والله اعلم فرع وقد يكون الالتزام بالكلام
النفسي قال بن رشد في نوازله فيمن عزل لمسكين
معين شيا وبتله له بقول او نية فلا يجوز له ان يصرفه
الى غيره وهو ضامن له ان فعل وسواء كان المال من
عنده او جعل له تفرقته قال ولو نوى ان يعطيه له
ولم يبتله له بقول ولا نية كره له ان يصرفه الى غيره
والله اعلم قلت ومعنى بتله اي جعله له من الان
فصل تقدم ان الملتزم له من يصح ان يملك فيصح
الالتزام للحمل ولمن سيوجد كما تصح الصدقة عليه والهبة
فمن التزم لحمل بشي لزمه ووقف ذلك الشي فان ولد
حيا وعاش كان ذلك له وان استهل صارخا ثم مات كان
لورثته

فرع في الالتزام بالكلام النفسي

فرع في الالتزام لمن سيوجد

اذا طلقها الزوج وطلبته بالكراء في العدة

٢٩

لورثته وان خرج ميتا او انفش الحمل بقي الشي على ملك صاحبه
كما قال المنبطي في مسايل الحبس وتجوز الصدقة على الحمل فان
ولد حيا نفذ له وان مات بعد ولادته حيا واستهل صارخا
ورثت الصدقة عن الحمل وان خرج ميتا او انفش الحمل بقي
مال المتصدق على ما كان بيده فرع ومن التزم لمن
سيوجد بشي صح الالتزام اذا وجد الملتزم له والملتزم حي
لم يفلس وكان الشي الملتزم به بيده لم يفوته كما لو قال
شخص ان ظهر لفلان ولد فهذه الدار له او هذا العبد او
هذا الثوب او نحو ذلك فان اراد الملتزم تفويته ببيع او
غيره قبل وجود الملتزم له فالظاهر من قول مالك ان ذلك
له قال مالك من حبس على ولده ولا ولد له ثم هو في سبيل
الله فله بيع ما حبسه ما لم يولد له وقال بن القاسم ليس
له ان يبيع حتى ييئس من الولد قال ولو اجزت له ان
يبيع لاجزت له ان كان له ولد وماتوا ان يبيع ولا ينتظر
ان يولد له قال وان مات قبل ان يولد له صار ميراثا
وقال بن الماجشون يحكم بحبسه ويخرج الى يد ثقة ليصح
الحوز وتوقف ثمرته فان ولد له فلهم والا فلاقرب الناس
اليه قال الباجي متمما القول بن الماجشون وان ولد له
رد الحبس اليه لانه هو الحايز لولده ذكر هذه الاقوال الثلاثة
ابن الحاجب في كتاب الوقف وقبلها الشيخ خليل في التوضيح
و ذكرها ابن عرفة وعلى الاول منها اقتصر الشيخ في مختصره

الالتزام لمن سيوجد

اذا مات قبل ان يولد له صار ميراثا

فرع قال في كتاب العتق من المدونة ومن قال لامته في صحته
كل ولد تلدينه فهو حر لزمه عتق ما ولدت واستثقل مالك
بيعها وقال كيف يوعده وانا ارى بيعها جايزا الا ان تكون
حاملا حين قال ذلك او حملت بعد قوله او يقول ما في بطنك حرا
واذا وضعتيه فهو حر فان الامة لا تباع حتى تضع الا ان
يرهقه دين فتباع فيه ويرق الجنين قال ابو الحسن الاستثقال
بمعنى الكراهة والاباحة بن القاسم من غير كراهة ولو قال ما في
ما في بطنك حر وليس في بطنها شي فلم يبعها حتى حملت فله بيعها
ولا عتق عليه فان تبين بعد قوله بها حمل ولا يدري اكان
بها يوم القول او حدث فلا عتق الا ان تضعه لاقل من
ستة اشهر من يوم القول انتهى وسياتي في الباب الرابع شي من
هذا تنبيه قال المشذالي في حاشيته على المدونة قلت
لشيخنا ظاهر المدونة وغيرها فيمن علق العتق على الوضع انه يعتق
ولو من سفاح قال الذي عنده انه مخصوص بوطي جايز واما
وضعها من زنا فلا يعتق قال المشذالي قلت له هذا منقوض
بقول المشاور وغيره فيمن شرط لزوجته طلاقها ان تزوج عليها
فزنا ان لها الاخذ بشرطها فحمد ابو بر ما قلته من العموم انتهى بعضه
باللفظ وبعضه بالمعنى وما قاله من ان ظاهر المدونة وغيرها
العموم وما قاله شيخه بعيد وما ذكره عن المشاور في مسلة من
شرط لزوجته طلاقها لم اقف عليها لم اقف عليه لغيره وانظر
اذا اراد السيد الرجوع عما التزمه قبل حمل الجارية فهل له ذلك
كما

كما له التصرف بالبيع وغيره او ليس له ذلك وهذا هو الظاهر
ولا يوخذ جواز ذلك مما سياتي في الخاتمة ان شا الله تعالى عن اللخمي
في الكلام على ما اذا زوج امته وشرط للزوج ان اولادها احرار
وسننبه عليه هناك ان شا الله تعالى فصل
واذا كان الملتزم له بفتح الزاي غير معين كالمساكين والفقرا
ونحو ذلك فالمشهور من المذهب انه يومر بالوفا بما التزم
ولا يقضى قال في المدونة في كتاب الهبات ومن قال داري
صدقة على المساكين او على رجل في يمين فحنث لم يقض عليه بشي
وان قال ذلك في غير يمين فليقض عليه ان كان لرجل بعينه
قال ابو الحسن على هذا اختصرها اكثر المختصرين وفي كتاب
ابن سهل فليخرجه السلطان اذا كان للمساكين او لرجل بعينه
وعلى هذا اختصرها ابن ابي زيد وابن ابي زمنين ثم قال الشيخ
ابو الحسن وحيث قال يومر به ولا يجبر ليس لانه لا يجب عليه بل
هو واجب عليه فيما بينه وبين الله تعالى وذكر عن بن رشد انه قال
انما لم يقض عليه وان كان اثما في الامتناع من الاخراج لانه لا اجر له في
الحكم عليه بها وهو كاره وسياتي كلام بن رشد في الباب الثاني ثم ذكر
فيما اذا جعلها لك لمسجد معين قولين والى هذه المسلة اشار
سيدي خليل بقوله في اخر كتاب الهبة وان قال داري صدقة بيمين
مطلقا او بغيرها ولم يعين لم يقض عليه بخلاف المعين وفي
مسجد معين قولان قال بن عرفة في كتاب القراض بعد ذكره
مسيلة المدونة المتقدمة في اشتراط ثلث الربح للمساكين

قال بن رشد في اخر مسيلة من رسم الشجرة من سماع بن القاسم
في كتاب الحبس أن كانت الهبة والصدقة لغير معين ففي لزومها
والحكم عليه بها اختلاف والقولان في المدونة على اختلاف
الرواية فيها قلت والمشهور عدم الحكم به انتهي كلام
ابن عرفة وسياتي في الباب الثاني ان شا الله تعالى شي من الكلام
على هذا فرع من هذا الباب المسيلة التي في رسم اغتسل
على غير نية من سماع بن القاسم من جامع البيان فيمن اشترى طعاما
ثم غلا السعر فجا الناس يخبرونه بذلك فقال اتجوع الناس
تغبطوني اشهدكم انه للناس بما اخذته قال بن رشد الاظهر
في قوله هو للناس بما اخذته دليل على انه اشتراه للحكرة ولم
يصبه من حرثه ومعنى ذلك انه اشتراه في وقت لا يضر شراوه
بالناس اذ لو اشتراه في وقت يضر شراوه بالناس لكان ما فعل
من اعطايه لهم بما اشتراه به هو الواجب عليه اذ لا اختلاف في
انه لا يجوز احتكار شي من الاطعمة في وقت يضر احتكاره بالناس
واما احتكارها في وقت لا يضر احتكارها فيه بالناس ففيه
اقوال احدها اجازة احتكارها كلها القمح والشعير وساير
الاطعمة وهو مذهب بن القاسم في المدونة والثاني المنع من
احتكارها كلها جملة من غير تفصيل للاثار الواردة في ذلك عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا يحتكر الا خاطي وهو مذهب مطرف
وابن الماجشون والثالث اجازة احتكارها كلها ما عدى القمح والشعير
هو دليل رواية اشهب عن مالك في رسم البيوع الاول من كتاب

جامع

جامع البيوع والرابع المنع من احتكارها كلها ما عدا الادام
والفواكه والعسل والسمن والتين والزبيب وشبه ذلك
وقد قال بن ابي زيد فيما ذهب اليه مطرف وابن الماجشون
من انه لا يجوز احتكار شي من الاطعمة معناه في المدينة اذ
لا يكون الاحتكار فيها ابدا الا مضرا باهلها لقلة الطعام بها
فعلى قوله فهم متفقون على ان علة المنع من الاحتكار تغلية
وانما اختلفوا في جوازه لاختلافهم باجتهادهم في وجود العلة
وعدمها ولا خلاف بينهم في ان ما عدا الاطعمة من العصفر
والكتان والحنا وشبهها من السلع يجوز احتكارها اذا لم يضر
ذلك بالناس وبالله التوفيق فصل وهذا حكم النذر
المطلق فان كان لمعين قضي به وان كان لغير معين لم يقض
به على المشهور قال في المدونة اثر المسئلة المتقدمة ولو
قال كل مال املكه صدقة على المساكين لم اجبره على صدقة ثلث
ماله وامره باخراج صدقة ثلثه من عين وعرض ودين
ولا شي عليه في ام ولده ومدبرته ومن برثه واما المكاتبون
فيخرج ثلث قيمة كتابتهم فان رقوا يوما نظر لقيمة رقابهم فان
كان ذلك اكثر من قيمة كتابتهم يوم اخرج ذلك فليخرج ثلث
الفضل وان لم يخرج ثلث ماله حتى ضاع ماله كله فلا شي عليه
فرط او لم يفرط وكذلك ان قال ذلك في يمين فحنث فلم يخرج
ثلثه حتى تلف جل ماله فليس عليه الا اخراج ثلث ما بقي
في يديه قال ابو الحسن في شرح قوله لم اجبره على صدقة ثلث ماله

Copyright © King Saud University

عبد الحق عن بعض شيوخه ولو كان ذلك على رجل بعينه لزمه
اخراج جميع ماله يريد ان تعيينه كالصدقة به على رجل كالو
عين شيا فجعله صدقة انه يخرجه كله ولو كان جميع ماله قال
ويترك له منه شي كما يترك لمن فلس ما يعيش به هو واهله
الايام ابن المواز كالشهر ذكره في غير هذا الموضع انتهى ونحوه في
التوضيح في باب النذور وقال بن عرفة في اخر كتاب النذور
الباجي عن محمد عن بن القاسم واشهب لو امتنع من جعل ماله في
سبيل الله من اخراج ثلثه ان كان لمعين اجبر عليه ولغير معين
في جبره عليه قولا ابن القاسم واشهب محتجا بانه لا يستحق طلبه
معين ويلزمه في الزكاة واجاب بن عرفة بان لها
طالبا معينا وهو الامام انتهى فرع يجب الوفا بنذر العتق
ولا يقضي به ولو كان المنذور عتقه معينا كقوله علي ان اعتق
عبدي فلانا قال بن الحاجب ويجب بالنذر ولا يقضي الا بالبت
قال في التوضيح يعني يجب العتق بالنذر سوا كان معلقا
كقوله ان فعلت كذا فعلي عتق رقبة او لا كقوله علي لله عتق
رقبة لقوله تعالى يا ايها الذين امنوا اوفوا بالعقود ولقوله
صلى الله عليه وسلم من نذر ان يطيع الله فليطعه ولا يقضي الا
بالبت اذا بتل العتق وفي بعض النسخ يعني نسخ بن الحاجب
ولا يقضي الا بالبت والحنث فيقيد كلامه بالمعين وقوله
بقيام البينة اي في النذر المعلق لانه الذي يتصور فيه الحنث
وهذه المسيلة وقعت في اول عتق المدونة معينة على اختصار

ابن

ابن يونس ومن قال لله علي عتق رقيقي هؤلاء فليف بما وعدهم
وان شا حبسهم ولا يجبر على عتقهم لان هذه عدة جعلها لله
من عمل البر فيومر بها ولا يجبر عليها وانما يعتقهم عليه السلطان
ان لو حلف بعتقهم فحنث او بت عتقهم بغير يمين اما اذا
كان نذرا او موعدة فانه يومر ان يوفي به ولا يجبر عليه
وقال اشهب اذا قال لله علي عتق رقيقي فامر بعتقهم
وقال لا افعل قضي عليه بعتقهم وان قال افعل ترك
فان مات قبل ان يفعل لم يعتقوا عليه في ثلث ولا غيره
قال بن عبد السلام وهو اقرب لتعلق حق الادمي بذلك
وهو معين وذلك لحق عتق والشرع متشوف اليه انتهى
كلام صاحب التوضيح وقال في مختصره ووجب بالنذر ولم
يقض الا ببت معين وقال في اول كتاب العتق من المدونة
والايمان بالعتق من العقود التي يجب الوفا بها والوصية
بالعتق عدة ان شا رجع فيها فمن ابت عتق عبده او حنث
بذلك في اليمين اعتق عليه بالقضا ولو وعد بالعتق او نذر
عتقه لم يقض عليه بذلك وامر بعتقه وقال في اخر سماع
يحيى من كتاب النذور في الرجل يقول علي نذر ان اعتق
عبدي فلانا ما دام عليه قال احب الي الوفا بما جعل لله ولا ارى
ذلك لازما كالحنث فيه وانما هو رجل نذر ليفعل خيرا قال
ابن رشد ليس قوله احب الي على ظاهره من ان ذلك مستحب
فهو تجوز في العبارة لان من نذر طاعة فالوفاء عليه بها واجب

Copyright © King Saud University

وقوله ولا ارى ذلك لازما معناه لا يحكم به عليه لان ذلك ليس
بلازم له فيما بينه وبين خالقه بل هو واجب عليه ولازم له فيما
بينه وبين ربه من الحنث اذ لم يختلف اهل العلم في وجوب ما لله
فيه طاعة في النذر واختلفوا في وجوب ذلك باليمين فاشهب
يرى الحكم بالعتق على من نذره وهو الظاهر انتهى بالمعنى وقال
ابن يونس في اول كتاب العتق الاول قال مالك ومن قال
لعبده لاعتقنك ان قدمت من سفري فهو موعد وارى ان
يعتقه ابن يونس لما نهى عن ذلك من خلف الموعد قال ابن
المواز ولا يقضي عليه به قال ابو محمد ولو اراد النذر لسلامته
وقدومه لزمه ان يعتقه بالفتوى في قول بن القاسم وبالقضا
في قول اشهب ان امتنع واما ان قال انت حر ان قدمت من
سفري فهذا يعتق بالقضا في قولهما قال ملك ولو قال
لزوجته ان قدمت من سفري لاطلقنك فلا شي عليه اذ ليس
طلاقها طاعة لله تعالى فيومر بها واما العتق فهو طاعة لله
عز وجل انتهى قلت فتحصل من هذا ان من قال لله علي عتق
عبدي فلان او عبيدي او ان قدمت من سفري فلله علي
عتق عبدي او عبيدي انه يجب عليه الوفا به ولا يقضي
عليه بذلك على قول اشهب وهذا بخلاف ما اذا قال ان فعلت كذا
فعبدي حر او عبيدي احرار فهذا يلزمه ويقضي عليه به اذا
حنث وعلى هذا اذا قال السيد لعبده التزمت ان اعتقك الان
او بعد شهر او ان فعلت كذا فقد التزمت عتق عبدي او عبيدي

ثم حنث فيجب عليه الوفا بذلك ولا يقضي عليه بذلك على مذهب
مالك وبن القاسم ويقضي عليه بذلك على قول اشهب لان
الالتزام كالنذر ولا اشكال انه اذا قال اعتقتك بعد شهر
او ان فعلت كذا فانا اعتقك ان ذلك عدة بالعتق لا يقضي
عليه بذلك الا على القول بالقضا بالعدة مطلقا وهو ضعيف
كما سياتي واما ان نذر عتقه فحمله مالك وابن القاسم على انه من
باب العدة كما تقدم في كلامه وحمله اشهب على الالتزام وقال
في التنبيهات في توجيه عدم جبره عند ملك وابن
القاسم لانه اذا اجبره فهو بخلاف نذره لان القصد بالنذر
لله القربة واذا اجبره لم يكن فيه نية ولا ثواب وكان ذلك
تفويتا للنذره فيترك وما قصده فلعله يفعله واشهب
يرى اجباره اذا قال لا افعل وان قال افعل ترك وهو
التفات الى تعليلنا القول ابن القاسم انتهى ونقله ابو الحسن
فتامله تنبيه يجب الوفا بنذر العتق وان لم يكن
في ملك الناذر حينيذ ما يعتقه قال في كتاب النذور
من المدونة قال ملك فيمن نذر عتق رقبة فلم يستطعها
ان يصوم لا يجزيه فهذا يدل على انه يلزمه الوفا به وان لم يكن
في ملكه ما يعتقه وقال في رسم الصبرة من سماع يحيى من كتاب
العتق في رجل جعل على نفسه عتق رقبة من ولد اسمعيل قال
ملك ليعتق رقبة قيل له اتجزيه رقبة من الزنج قال ليعتق
رقبة اقرب الرقاب الى ولد اسمعيل قال بن رشد وهذا كما قال

يجب الوفاء بنذر العتق

Copyright © King Saud University

لان للشريف في النسب حرمة توجب التنافس في العبيد من اجلها
والزيادة في الثمن والاجر على قدر ذلك انتهى فصل
واما العدة فليس فيها الزام الشخص نفسه شيا الان وانما هي
كما قال ابن عرفة اخبار عن انشا المخبر معروفا في المستقبل ولا
خلاف في استحباب الوفا بالوعد وقد قال في رسم باع غلاما
من سماع ابن القاسم من كتاب الحج ومن كتاب العدة بتخفيف
الدال فيمن هلك وعليه مشي الي بيت الله عز وجل فسال
ابنه ان يمشي عنه فوعده بذلك قال مالك اما اذا وعده فاني
احب له ان لو فعل ذلك ولكن ما ذلك راي ان يمشي احد عن
احد ولكن احب له اذا وعده ان يفعل ذلك قال ابن رشد المعني
في هذه المسيلة ان مالكا استحب له ان يوفي عن ابيه بما وعده
به من المشي عنه وان كان ذلك عنده لا قربة فيه من ناحية
الوفا بالوعد في الجايزات التي لا قربة فيها انتهى فالوفا بالعدة
مطلوب بلا خلاف واختلف في وجوب القضا بها على اربعة
اقوال حكاها ابن رشد في كتاب العدة ونقلها عنه غير واحد
فقيل يقضى بها مطلقا وقيل لا يقضي بها مطلقا وقيل يقضي
بها ان كانت على سبب وان لم يدخل الموعود بسبب العدة في شي
كقوله اريد ان اتزوج او اشتري كذا او ان اقضي غرماي
فاسلفني كذا او اريد ان اركب غدا الي مكان كذا فاعرني دابتك
او ان احرث ارضي فاعرني بقرك فقال نعم ثم بدا له قبل ان
يتزوج او ان يشتري او ان يسافر فان ذلك يلزمه ويقضي عليه به

مالم

مالم يترك الامر الذي وعدك عليه وكذا لو لم تساله وقال لك هو
من نفسه انا اسلفك كذا او اهب لك كذا لتتزوج به او تقضي
دينك او نحو ذلك فان ذلك لزمه ويقضى به عليه ولا يقضي
بها ان كانت على غير سبب كما اذا قلت اسلفني كذا ولم يذكر سببا
او اعرني دابتك او بقرك ولم تذكر سفرا ولا حاجة فقال نعم
ثم بدا له او قال هو من نفسه انا اسلفك كذا او اهب لك
كذا ولم يذكر سببا ثم بدا له والرابع يقضى بها ان كانت على
سبب ودخل الموعود بسبب العدة في شي هذا هو المشهور
من الاقوال قال في اخر الرسم الاول من سماع اصبغ من
جامع البيوع قال اصبغ سمعت اشهب وسيل عن رجل
اشترى من رجل كرما فخاف الوضيعة فاتى ليستوضعه
فقال له بع وانا ارضيك قال ان باع براس ماله او بربح
فلا شي عليه وان باع بوضيعة كان عليه ان يرضيه فان
زعم انه اراد شيا سماه فهو ما اراد وان لم يكن اراد شيا
ارضاه بما شا وحلف بالله الذي لا اله الا هو ما اراد اكثر من
ذلك وان لم يكن اراد شيا يوم قال ذلك قال اصبغ وسالت
عنها ابن وهب فقال عليه رضاه بما يشبه بمن تلك السلعة
والوضيعه فيها قال اصبغ وقول ابن وهب هو احسن عندي
وهو احب الي اذا وضع فيها قال محمد بن رشد قوله بعه
وانا ارضيك عدة الا انها عدة على سبب وهو البيع والعدة
اذا كانت على سبب لزمت بحصول السبب في المشهور من الاقوال

Copyright © King Saud University

وقد قيل انها لا تلزم بحال وقيل انها تلزم على كل حال وقيل
انها تلزم اذا تلزم اذا كانت على سبب وان لم يحصل السبب
وقول اشهب ان زعم انه اراد شيا سماه فهو ما اراد بريد
مع يمينه ومعناه اذا لم يسم شيا يسيرا لا يشبه ان يكون
ارضاء والدليل على انه يحلف على مذهبه اذ قال اردت كذا
وكذا مما يشبه قوله انه ان لم يكن اراد شيا ارضاه بما شا
وحلف انه ما اراد اكثر من ذلك وجوابه هذا على اصله في
كثير من مسايله اذ لا يوخذ احد باكثر مما يقر به على نفسه
واليمين في هذا يمين تهمة اذ لا يمكن المستوضع ان يدعي بينه
فيحقق الدعوى عليه بخلاف ما ذكر انه اراده فيدخل فيها
من الخلاف ما يدخل في يمين التهمة واما ابن وهب فاخذه
بمقتضى ظاهر لفظه والزمه ارضاءه الا انه لا يرضى بما
يقول الناس فيه انه ارضا فلا يصدق ان لم يرض ويوخذ
بما يقول الناس فيه انه ارضا هذا معنى قوله ولو حلف
ليرضينه لم يبر الا باجتماع الوجهين وهما ان يضع ما يرضي
به او ما يقول الناس انه ارضا وقد مضى ما يدل على
هذا في رسم سلف من سماع عيسى من كتاب النذور في الحالف
ليرضين غريمه من حقه انتهى قلت وهذا القول الذي
شهره بن رشد قال الشيخ ابو الحسن في اول كتاب العتق الاول
وفي كتاب الغرر انه مذهب المدونة لقولها في اخر كتاب
الغرر وان قال اشتر عبد فلانا وانا اعينك بالف درهم

فاشتراه

من قال اشتر عبد
فلانا وانا اعينك

فاشتراه لزمه ذلك الوعد انتهى وهو قول ابن القاسم في سماعه
من كتاب العارية وقول سحنون في كتاب العدة ونصه في سماع
عيسى قلت لسحنون ما الذي يلزم من العدة في السلف والعارية
قال ذلك ان يقول الرجل للرجل اهدم دارك وانا اسلفك
او اخرج الى الحج وانا اسلفك او تزوج امراة وانا اسلفك
وعزاه له ابن رشد في رسم طلق بن حبيب من سماع ابن القاسم
من كتاب العارية وقال القرافي في الفرق الرابع عشر بعد
المايتين وقال سحنون الذي يلزم من الوعد مثل اهدم دارك
وانا اسلفك ما تبني به او اخرج للحج وانا اسلفك او اشتر
سلعة او تزوج امراة وانا اسلفك لانك ادخلته بوعدك
في ذلك اما مجرد الوعد فلا يلزم الوفا به بل الوفا من مكارم
الاخلاق انتهى وقال اللخمي في كتاب الشفعة لما ذكر صحة
مقابل المشهور القايل بلزوم اسقاط الشفعة قبل الشرا ما نصه
ولو قال اشتر هذا الشقص والثمن علي فاشتراه لزمه
ان يغرم الثمن الذي اشتراه به لانه ادخله في الشرا وهذا
قول مالك وبن القاسم انتهى والقول بانه يقضي بها اذا
كانت على سبب وان لم يدخل بسببها في شي هو قول اصبغ في كتاب
العدة وقول مالك في رسم طلق بن حبيب من سماع بن القاسم
وهو قوي ايضا والقول بعدم القضا بها مطلقا في سماع اشهب
من كتاب العارية والقول بالقضا بها مطلقا لم يعزه بن رشد
وهذان القولان ضعيفان والله اعلم فرع اذا قال له ان

يقضى بالوعد اذا
ادخله بسبب

وعلى من قال اشتر
والثمن علي

عزماي يلزموني بدين فاسلفني اقضيهم فقال نعم ثم بدا
له فقال اصبغ في سماع عيسي من كتاب و العدة يلزمه ذلك
ويحكم به عليه وهو جار علي قوله بلزوم العدة اذا كانت علي
سبب وان لم يدخل بسببها في شي و قال ابن القاسم انما يلزمه
اذا سعل الغرماء منه علي موعد او اشهد بايجاب ذلك علي نفسه
وذلك اصله في انه لا يقضي بالعدة الا اذا دخل بسببها في شي
و لو قال اشهدكم اني فاعل او افعل و ظاهر كلام ملك في سماع
ابن القاسم من العارية انه تردد في الحكم عليه بذلك و ان الظاهر
اللزوم و لو قال اشهدكم اني قد فعلت لما وقف في ايجابه عليه
ولزوم القضا به اسمي فرع قال في سماع اشهب من كتاب
العارية فيمن حلف ليوفين غريمه الى اجل فلما خشي الحنث
ذكر ذلك لرجل فقال لا تخف ائتني هذه العشية اعطيكها
فلما كان العشي جاه فابي ان يعطيه فقال له غررتني حتي
خفت ان يقع علي الطلاق اتراه لازما له فقال لا والله ما اري
ذلك لازما له و لا هو من مكارم الاخلاق ولا محاسنها قال محمد
ابن رشد قد قيل انه يلزمه و هو الاظهر لانه غره ومنعه
ان يحتال لنفسه بما يبر به من سلف او غيره اسمي قلت
فالقول الاول مبني علي ان العدة لا يقضي بها ولو كانت علي سبب
ودخل في السبب و قد تقدم انه في سماع اشهب من العارية
و الثاني مبني علي انه يقضي بها اذا كانت علي سبب و علي
المشهور ايضا لانه قد ادخله بسبب العدة في عدم الاحتيال
لنفسه

لنفسه حتي خشي الحنث والله اعلم تنبيه واما الفرق
بين ما يدل علي الالتزام و ما يدل علي العدة فالمرجع فيه انما هو
الي ما يفهم من سياق الكلام و قراين الاحوال فحيث دل الكلام
علي الالتزام او علي العدة عمل علي ذلك و لهذا قال الشيخ خليل
في مختصره في باب الخلع ولزمت البينونة ان قال إن اعطيتني
الفا فارقتك او افارقك ان فهم الالتزام او الوعد ان ورطها
فالشرط في قوله ان ورطها راجع الى الوعد قال في التوضيح
كما لو باعت قماشها او كسرت حليها والله اعلم و لا يفرق بين
العدة والالتزام بصيغة الماضي والمضارع كما يتبادر الي الفهم
من كلام ابن رشد في رسم سلف من سماع عيسي من كتاب الايمان
بالطلاق و سياتي في الباب الثالث ان شا الله تعلى ذكره بتمامه
فان الالتزام قد يكون بصيغة المضارع اذا دلت القراين
عليه كما يفهم من كلام الشيخ خليل الماضي في مسئلة الخلع و من
كلام ابن رشد المتقدم قريبا و من كلام اصبغ الاتي في الفرع
بعد هذا نعم صيغة الماضي دالة علي الالتزام بانفاذ العطية
و الظاهر في صيغة المضارع الوعد الا ان تدل قرينة علي
الالتزام كما يفهم من كلام ابن رشد المتقدم والاتي في الفرع بعده
فتامله والله اعلم فرع قال اصبغ في سماع عيسي من كتاب
العدة لو سالك مديانك ان تؤخره الي اجل كذا او كذا فقلت انا
اوخرك لزمك تاخيره الى الاجل قلت سواء قلت انا اوخرك
او قد اخرتك قال نعم سواء في الحكم عليك غير ان قولك انا اوخرك

Copyright © King Saud University

عدة تلزمك وقولك قد اخرتك شي واجب عليك لانه في اصل حقك
ولم تبتد له الساعة وكلاهما يلزمك الحكم به عبران قولك
قد اخرتك اوجبهما واوكدهما انتهى ونقل هذا في الذخيره
واقتصر عليه وهو جار على قول اصبغ في القضا بالعدة اذا
كانت على سبب وان لم يدخل بسببها في شي واما على المشهور فانما
يلزمه في قوله انا اوخرك اذا ورطه بذلك في يمين او حنث
او ما اشبه ذلك او دلت قرينة على انه اراد التزام التاخير
لا الوعد به فتامله وهو يبين لك ما ذكرته من ان صيغة
الماضي دالة على الالتزام وصيغة المضارع انما تدل عليه
من قرينه ولم يتكلم بن رشد على هذه المسيلة بشي بل قال
مضى تحصيل القول فيها في سماع بن القاسم من كتاب العارية
ويشير الي ما تقدم من ذكر الاقوال الاربعة في القضا بالعدة
فرع قال في رسم حلف ليرفعن من سماع بن القاسم من كتاب
النكاح سئل ملك عن رجل كانت تحته امراة فخطب اختها على
ابنه فقالت له عمتها على صداق اختها فقال لن اقصر بها
ان شا الله تعلى فزوجوه ثم ان الابن طلقها قال ايقر هو بذلك
قال نعم قد قلت هذا القول ووعدتهم ولم اوجب على نفسي
صداقا فرايته براه عليه قال ملك مرة فليصطلحوا
فكانه براه عليه تشبيها بالايجاب ولم يبينه قال بن القاسم
ارى ذلك عليه ان يزوجوه على ذلك وذلك كانه انما تزوج على
المكافاه قال سحنون مثله قال محمد بن رشد اما اذا كان قولهم

هذا قد

قد زوجناك جوابا لقوله لن اقصر بها عن صداق اختها
واما اذا انقطع ما بين الكلامين فالامر محتمل والاظهر
ذلك عليه كما ذهب اليه مالك وان كان لم يبينه لان ذلك
اقوى من العدة الخارجة على سبب وفي التفسير ليحيى عن
ابن القاسم انه يحلف انه ما اراد ايجاب ذلك على نفسه ولا يلزمه
شي فان نكل غرم نصف الصداق ووجه ذلك انه راى
قوله لن اقصر بها ان شا الله تعالى عدة لا تلزم فلم يلزمه شي
اذا حلف انه لم يرد ايجاب ذلك على نفسه وحلفه بالتهمة دون
تحقيق الدعوى ولذلك لم يرد اليمين في ذلك فقوله على
القول بحوق يمين التهمة وانها لا ترجع وقد اختلف في
الوجهين انتهى والله اعلم بالغيب

الباب الثاني في الالتزام المعلق

على فعل الملتزم بكسر الزاي وهو على نوعين لانه لا يخلو اما
ان يكون القصد بالالتزام الامتناع من ذلك الفعل المعلق
عليه كقوله لزوجته ان تزوجت عليك فلك الف دينار واما
ان يكون القصد حصول ذلك الفعل ويكون الشي الذي
التزمه شكرا لله على حصوله كقوله ان قدمت من هذا السفر
فلفلان علي الف درهم او ان اتممت هذه الدار او هذا
الكتاب فعلي كذا وهذا الثاني من باب النذور وقد تقدم حكم
النذر وقد ذكروا في باب النذور ان من علق العتق او الهدي
او الصدقة على الملك يلزمه مثل ان يقول ان ملكت عبد فلان

Copyright © King Saud University

فهو حر فانه يلزمه العتق اذا ملكه وذكر ابن عبد السلام
وغيره في باب التفليس ان المفلس اذا التزم عطية شي
ان ملكه انه يلزمه ان ملكه بعد ذلك ولم يكن عليه دين
وهذا في العتق لازم ويقضي به واما الهدي فانه لازم
ولا يقضي به لان الكفارات والهدايا واجبة على التراخي
واما الصدقة فان كانت على وجه اليمين فهي النوع
الاول المعقود له هذا الباب وان لم تكن على وجه اليمين وانما
القصد بها القربة فهي لازمة ويقضي بها ان كانت لمعين
ولا يقضى بها ان كانت لغير معين على المشهور وسياتي
ان شا الله تعالى في المسيلة الثالثة من الفصل الاول من الخاتمة
شي من هذا والنوع الاول هو المعقود له هذا الباب
ويسمى يمينا واختلف في القضا به والمشهور من المذهب
انه لا يقضى به سواء كان الملتزم له بفتح الزاي معينا ام لا
قال في كتاب الهبات من المدونة ومن قال داري صدقة
على المساكين او على رجل بعينه في يمين فحنث لم يقض عليه
بشي وتقدمت المسيلة بتمامها في الباب الاول في فصل
الالتزام لغير المعين وقال في كتاب النكاح الثاني من المدونة
ومن نكح امراة بالف درهم على انه ان كانت له امراة اخرى
فصداقها الفان لم يجز كالبعير الشارد وان نكح بالفين
فوضعت عنه في عقد النكاح الفا على انه لا يخرجها من بلدها
او نكحها بالف على انه ان اخرجها من بلدها فمهرها الفان فله ان

يخرجها

يخرجها وليس لها الا الف وهو كالقايل لزوجته ان اخرجتك
من الدار فلك الف فله ان يخرجها بغير شي قال الشيخ ابو الحسن
الصغير قوله فله ان يخرجها بغير شي قال ابو عمران لان هذه
ليست على وجه البر وانما قصد بها اليمين وما كان من
الهبات لمعين على وجه اليمين فانه لا يقضى به لان الهبة التي
يقضي بها لمعين انما هي التي يقصد بها وجه البر والصلة
لا معنى اليمين وكل شي اذا خرج عن حكمه بطل حكمه وقد علم
انه لم يقصد نفس العطية والهبة وانما حرم على نفسه ما احل
الله له واما الذي يقول ان شفا الله مريضي فلك الف درهم
فهذا يقضي عليه فيها لانها بر وما كان على هذا الوجه يقضى به
على قايله وكذلك الذي يقول ان قدمت فلك الف درهم لان
هذه عطية محضة غير متعلقة بيمين ولا معاوضة انتهى
ونحوه في التنبيهات تنبيه ظاهر ما تقدم عن المدونة
انه فرق بين ما اذا تزوجها بالف وان كانت له زوجة فالفان
فجعله من النكاح الفاسد واما اذا تزوجها بالف وان اخرجها
من بلدها فمهرها الفان فلم يجعله فاسدا وعلى ذلك حملها
بعضهم واستظهره ابو الحسن قال وفرق بعضهم بين المسيلتين
بانهما قادران على رفع الغرر في الاولى بالبحث هل له زوجة
ام لا واما الثانية فالامر فيها مستقبل لا يدرى ما يكون منه
وعلى هذا مشى الشيخ خليل في مختصره ونظر في ذلك الشيخ بهرام
وحملها بعضهم على ان المسيلتين سوا وان ذلك من باب الغرر

فرع علي الهبة والصدقة اذا كانت علي وجه البر او لا

وهو الذي يوخذ من المسيلة الاتية من سماع يحيي من رسم المكاتب

فرع قال في رسم الاقضية من سماع يحيي من كتاب الصدقات والهبات قال يحيي عن بن وهب سمعت مالكا يقول وهو الذي اخذ به ان الصدقة اذا كان اصلها علي وجه الصلة وطلب البر والمكافات وما اشبه ذلك من الوجوه المعروفة بين الناس في احتسابهم اوحسن معاشرتهم فان صاحبها لا يرجع فيها وان خاصمه المتصدق بها عليه قضي له عليه بها قال واما كل صدقة تكون في يمين الحالف او لفظ منازع او جواب يكذب صاحبه فهي باطل لا يقضي بها للمتصدق بها عليه في بعض هذه الوجوه وما اشبهها الا ان المتصدق بها يوعظ ويومر فان تطوع بامضايها كان ذلك الذي يستحب له وان شح لم يحكم عليه فيها بشي قال بن رشد مثل هذا في كتاب الهبات من المدونة ان ما كان من الصدقة علي وجه اليمين للمساكين او لرجل بعينه فلا يجبر السلطان علي اخراجها وهو المشهور في المذهب ذلك لان الحالف انما قصد الامتناع مما حلف ان لا يفعله لا اخراج الصدقة والاعمال بالنيات لكنه اذا فعل الذي حلف بالصدقة ان لا يفعله فقد اختار اخراج الصدقة علي ترك الفعل فلذلك قال يوعظ ويومر وانما كان لا يقضي عليه بالصدقة وان كان اثما في الامتناع من اخراجها لانه لا اجر له في الحكم عليه وهو كاره فيذهب ملكه في غير منفعة

تصبير

تصبيرا اليه ولهذا المعني لا يحكم علي من نذر نذرا بالوفا به وفي المدينة لابن دينار فيمن شرط لامراته ان تسري عليها فالسرية صدقة عليها ان الصدقة بالشرط تلزمه وانه ان اعتقها بعد ان اتخذها لم ينفذ عتقه وكانت لها صدقة بالشرط ولابن نافع في المدينة ايضا فيمن باع سلعة من رجل وقال ان خاصمتك فهي صدقة عليه فخاصمه فيها ان الصدقة تلزمه فان كان يريد بقوله ان الصدقة تلزمه انه يحكم بها عليه فهو مثل قول ابن دينار خلاف المشهور في المذهب واما ما كان من الصدقات المبتلة لله علي غير يمين فيحكم بها ان كانت لمعين باتفاق وان كانت للمساكين او في سبيل الله علي اختلاف الرواية في ذلك في المدونة انتهى قلت قوله في النذر لا يحكم به يريد اذا كان لغير معين واما اذا كان لمعين فقد تقدم في فصل النذر في الباب الاول انه يقضي به وتقدم ايضا ان المشهور فيما كان لغير معين كالمساكين انه لا يقضي به والله اعلم وقال في كتاب الهبات من النوادر قال محمد بن عبد الحكم ومن حلف بصدقة مال بعينه او بغير عينه علي رجل بعينه او علي المساكين او في سبيل الله او حلف بحبس دار او بحملان خيله في سبيل الله او بابله بدنا او بقرة او غنمه هدايا ثم حنث اقر بذلك او اقامت عليه بينة فلا يقضي عليه بشي من ذلك انما نامره بذلك امرا فان لم يفعل لم يكره علي ذلك انتهى وقال الباجي بعد ان ذكر ان الهبة تلزم بالقول ما نصه اذا ثبت ذلك فانه علي ضربين ضرب

Copyright © King Saud University

لا يقضي به وضرب يقضي به فاما ما لا يقضى به فما كان
من صدقة او هبة او حبس على وجه اليمين على معينين
او غير معينين اتفق اصحابنا ابن القاسم واشهب وغيرهما
على انه لا يقضى عليه بذلك ولكنه يومر به ووجه ذلك انه
لم يقصد البر وانما قصد به اللجج وتحقيق ما نازع فيه
فيومر به ولا يقضي عليه ومثله ما روى بن المواز عن
ابن القاسم فيمن قال لامراته كل جارية اتسرى بها عليك فهي
صدقة عليك وان وطئت جاريتي هذه فهي صدقة عليك
فتسرى انه لا شي عليه قال محمد بريد انه لا يقضي عليه بها
واما ما كان من ذلك بغير يمين فانه يجبر على اخراجها اذا
كانت لمعين وان كانت لغير معين قال بن القاسم يجبر
وحكى محمد عن اشهب لا يجبر على اخراجها الا اذا كانت على معين
يلي خصومته لا المساكين ووجه قول بن القاسم ان
هذه صدقة على وجه البر فوجب ان يقضي عليه باخراجها
كالاحباس ووجه قول اشهب ما احتج به من انه اذا كانوا
غير معينين لم يستحق احد المطالبة بها فيقضي له انتهى
قلت وما حكاه عن بن القاسم هو احد القولين اللذين
في المدونة على اختلاف الرواية فيها كما تقدم في الباب الاول
في فصل الالتزام لغير المعين وذكر الشيخ خليل هذا القول
في اول كتاب الهبة من التوضيح واقتصر عليه وهو خلاف
ما شهر في مختصره وشهر بن عرفة كما تقدم في الفصل المذكور

وحكاية

وحكاية الباجي الاتفاق على عدم اللزوم فيما كان على وجه اليمين
غير مسلمة لوجود الخلاف في ذلك كما تقدم وكما سياتي ونقل
صاحب الذخيرة كلام الباجي في اخر كتاب الهبة باختصار
مخل ولعل الاسقاط من الناسخ وقال بن عرفة في باب الهبة
وهي لمعين دون يمين ولا تعليق يقضي بها ابن رشد اتفاقا
وعلى غير معين كذلك فيها لا يقضى بها ابن رشد في القضا
بها قولان على اختلاف الرواية فيها وعلى معين في يمين او تعليق
فيها لا يقضي بها ابن رشد هذا هو المشهور ولمحمد بن دينار يقضى
تسور على امراته وذكر كلام بن رشد المتقدم عن بن دينار وابن
نافع ثم قال وفي القضا بالمعلق بيمين لغير معين نقل بن زرقون
عن اصبغ والمعروف انتهى فرع قال في رسم المكاتب من
سماع يحيى من كتاب النكاح وسالته عن الرجل تشترط عليه
امراته عند عقدة النكاح ان تسرر عليها فالسرية صدقة على
امراته قال ان علم قبل البنا فسخ وان ابتنى بها فالشرط باطل
ولا صدقة لها قال محمد بن رشد قوله ان الشرط باطل ولا صدقة
لها صحيح على ما في المدونة وهو المشهور في المذهب من ان الصدقة
بيمين لا يحكم بها وان كانت لرجل بعينه وحكم للنكاح ما فسد
لصداقه من اجل ان للشرط تاثيرا فيه فيفسخ قبل الدخول
ويثبت بعده بصداق المثل وهذا اذا كانت التسمية في العقد
على الشرط واما ان كان تزوجها نكاح تفويض دون تسمية صداق
ثم سمى لها بعد ذلك صداقا فالنكاح ثابت والشرط باطل والصداق

Copyright © King Saud University

المسمى لازم وفي المدنية لمحمد بن دينار ان الصدقة بالشرط تلزمه
وانه ان اعتقها بعد ان اتخذها لم ينفذ عتقه وكانت لها صدقة
بالشرط وان شرط ان اتخذها فهي صدقة عليها او حرة فاتخذها
كان مخيرا بين عتقها والصدقة بها ولابن نافع فيمن ان
من باع سلعة من رجل وقال ان خصمتك فيها فهي صدقة
عليك فخاصمه فيها ان الصدقة تلزمه فعلى قولهما في لزوم
الصدقة بالشرط ينبغي ان يكون النكاح جايزا والشرط لازما
كساير الشروط اللازمة واستدل بعض الشيوخ من هذه
المسيلة على ان من التزم لامراته ان تسرر عليها فامر السرية
بيدها ان شات باعتها عليه وان شات امسكتها عليه ان
البيع لا يلزمه فيها خلاف ما ذهب اليه ابن العطار ووجه
هذا الاستدلال ان الصدقة اذا كانت لا تلزمه فاحرى
ان لا يلزمه البيع وليس ذلك بين لان المعنى في الصدقة والبيع
مفترق وانما الوجه في ان البيع لا يلزمه انها وكالة منه لها
وللموكل ان يعزل الوكيل من الوكالة متى شا وهذا الذي حفظناه
عن الشيوخ في ذلك ولا يبعد عندي انه يكون له ان يعزلها عن
هذه الوكالة لانه لما نكحته على ذلك فقد اخذ عليه عوضا فيلزمه
كالمبايعة انتهى وذكر ابن عرفة هذه المسيلة في الكلام على الشروط
في النكاح وعزاها لسماع اصبغ ولم ارها فيه وما ذكره في الرواية
من فساد النكاح مخالف لظاهر ما تقدم عن المدونة وما مشى
عليه الشيخ خليل في مختصره كما تقدم التنبيه على ذلك قلت

ومثل

اذا ادعى المشتري او خلا حج في المبيع والتزم له البايع بكذا

ومثل مسيلة ابن نافع التي ذكرها ابن رشد ما يكتب الان في
مستندات البيع ان البايع التزم للمشتري متى قام وادعى
في الشي المبيع او خاصم فيه كان عليه للمشتري او للفقرا كذا وكذا
فلا يحكم عليه بذلك على المشهور ويحكم به على قول ابن نافع والله اعلم
تنبيه قد تقدم في الباب الاول في فصل الالتزام لغير
معين في كلام ابي الحسن انه حيث يومر ولا يقضى عليه
ليس ذلك لانه لا يجب فليفعل هو واجب فيما بينه وبين الله
وتقدم عن ابن رشد في هذا الباب انه اثم بعدم الاخراج
وقال في كتاب الهبات من النوادر قال محمد وما لم يجبر فيه
فليخرجه كما اوجبه قال محمد قال مالك لا رخصة له في تركه
وقال البرزلي في مسايل الايمان وفي احكام ابن الحاج اذا قال في
عقد متى قام بجايحة فعليه كذا المرضى قرطبة وقام بها امر
باعطاء ذلك ولا يحكم عليه ويأثم قال البرزلي ظاهر نقل ابن يونس
في اوايل كتاب العتق ان الوفا على جهة الاستحباب انتهى
قلت ولعلهم فهموا الاستحباب من سماع يحيى من كتاب
الهبات المتقدم ثم قال البرزلي وفي احكام ابن الحاج ومثله
دلال التزم ان زاد شيا على نصف درهم فعليه للمرضى كذا
فثبتت عليه الزيادة وجامعه وكيل المرضى فافتى ابن رشد
بعدم لزومه ويومر بذلك وهي كالصدقة على وجه اللجاج
لا التي في سماع يحيى انتهى ومراده بما في سماع يحيى المسئلة
المتقدمة قلت وهذا كله فيما عدا العتق فانه يقضى به

Copyright © King Saud University

ولو كان في يمين قال في العتق الاول من المدونة ومن ابت عتق
عبده او حنث بذلك في يمين اعتق عليه بالقضا ولو وعده
بالعتق او نذر عتقه لم يقض عليه بذلك وامر بعتقه وقد
تقدم ذلك في فصل النذر فرع ثم قال فيها ومن قال
لعبده ان اشتريتك او ملكتك فانت حر فاشتراه او بعضه
عتق عليه جميعه ويقوم عليه نصف شريكه وان اشتراه
بيعا فاسدا اعتق عليه ولزمته قيمته ورد الثمن كمن ابتاع
عبدا بثوب فاعتقه ثم استحق الثوب فعليه قيمة العبد فرع
ومن قال لعبده ان بعتك فانت حر ثم باعه عتق على البايع
ورد الثمن قال عبد الحق في النكت ومال العبد هنا للبايع
لان العتق وجب وقد صح المال للبايع قال عبد الحق ولو كان
المشتري استثنى ماله كان المال تبعا للعبد لان شرا المشتري
قد انتقض من اجل العتق فلم يصح له المال والبايع لم يبقه
لنفسه فكان تبعا للعبد انتهى فرع قال في المدونة بعد
قوله ومن قال لعبده ان بعتك فانت حر ولو قال الرجل مع ذلك
ان ابتعتك فانت حر فباعه فعلى البايع يعتق لانه مرتهن
بيمينه انتهى فرع قال في النكت قال بعض شيوخنا
ولو قال ان بعت هذا الشي فهو صدقة فباعه فانه لا ينقض
البيع بخلاف اليمين في العتق لان الصدقة لا يجبر على اخراجها
كانت على رجل بعينه او على المساكين لانها يمين وانما نفرق
هذا فيما كان بتلة من غير يمين ويستحب له الصدقة بالثمن

الذي

قف على من قال لعبده ان بعتك فانت حر

قف من قال لرجل ان ابتعتك

قف فيمن قال ان بعت هذا الشي

الذي قبض واما العتق فهو محكوم عليه به فهذا ما يختلف انتهى
ونحوه لابن يونس وهو الذي تقدم في كلام البرزلي عنه ان
الوفا بذلك على جهة الاستحباب وتقدم في كلام ابن رشد
وابي الحسن الصغير ان ذلك واجب وهو الظاهر والله سبحانه
وتعالى اعلم فرع قال في كتاب الكفالة من المدونة ومن
ادعى قبل رجل حقا فقال له رجل انا كفيل لك به الى غد
فان لم اتك به غدا فانا ضامن للمال قال ابن يونس وسمى
عددا فان لم يات به في غد فلا يلزم الكفيل شي حتى يثبت
الحق ببينة فيكون حميلا بذلك وان انكر المدعى عليه ثم قال
للطالب اجلني اليوم فان لم اوفك غدا فالذي تدعيه
قبلي حق فهذه مخاطرة ولا شي عليه فرع قال في مفيد
الحكام لابن هشام وسئل عيسى عن الخصمين يشترط
احدهما لصاحبه انه ان لم يوافه عند القاضي الى اجل
يسميانه فدعواه باطلة ان كان مدعيا او دعوى خصمه
حق ان كان مدعى عليه فتخلف هل يلزمه هذا الشرط فقال
لا يوجب هذا الشرط حقا لم يجب ولا يسقط حقا قد وجب
انتهى وقال ابو الحسن في اواخر كتاب الخيار في شرح قوله
ولو شرط ان لم يات بالثوب قبل غروب الشمس بعد ان تكلم
على المسئلة الشيخ ومن ذلك ما يقول الناس اليوم من لم يحضر
مجلس القاضي وقت كذا فالحق عليه لا يلزمه من التزمه انتهى
قلت ولم اقف في هذا الفرع والذي قبله على قول باللزوم

Copyright © King Saud University

والظاهر انه لا يدخلها الخلاف المتقدم الذي في اليمين بالصدقة
فلا ياتي فيهما قول ابن دينار المتقدم ويوخذ ذلك من تعليلهم
بان هذه مخاطرة فليس فيه شي من المعروف بخلاف ما تقدم
لانها صدقة ولهذا كان يومر بها باتفاق وانما الخلاف في القضا
لها ومثل ذلك قول احد الخصمين ان لم آت بالبينة
او بمستند في وقت كذا فدعواي باطلة او دعوى خصمي
حق فهذا كله لا يلزم والله اعلم فيه خلافا فينبغي ان يحكم
ببطلانه ولو حكم به حاكم الا ان يوجد قول باللزوم فيه وقد
كثر الحكم فيه من جهلة قضاة المالكية فينبغي التنبه له
واما اذا التزم المدعى عليه انه ان لم يوفه حقه في وقت كذا
فله عليه كذا وكذا فهذا لا يختلف في بطلانه لانه صريح الربا وسواء
كان الشيء الملتزم به من جنس الدين او غيره وسواء كان
شيا معينا او منفعة وقد رايت مستندا بهذه الصفة
وحكم فيه بعض قضاة المالكية الفضلاء بالقضا بموجب
الالتزام وما اظن ذلك الا غفلة منه واما اذا التزم انه ان لم
يوفه حقه في وقت كذا فعليه كذا وكذا لفلان او صدقة للمساكين
فهذا محل الخلاف المعقود له هذا الباب فالمشهور انه لا يقضي
به كما تقدم وقال ابن دينار يقضي به واما مسالة المدونة
المتقدمة اعني قوله لزوجته ان اخرجتك من الدار فلك الف
والظاهر انها من صور هذا الباب ويدخلها الخلاف المذكور وان لم
ار من صرح به فيها فتامله والله اعلم فرع قال في المفيد

ايض

اذا قال احد الخصمين ان لم ات بالبينة في وقت كذا فدعواي باطلة

اذا التزم المدعى عليه ان لم يوفه حقه في وقت كذا فعليه كذا وكذا لخ

ايضا وسيل عن الخصمين يتواعدان الى الموافاة عند السلطان
وهو على بعد منهما فيقول احدهما اخاف ان تخلفني
فيقول ان اخلفتك فكرا الدابة علي ثم يخلفه قال ارى
ذلك يلزمه انتهى وقال ابو الحسن في اخر كتاب الصلح في كتاب
ابن حبيب اذا قال احد الخصمين للاخر ان لم اوافك عنده
السلطان فكراء دابتك علي وكان الامام في بعد فذلك يلزمه
قاله مطرف وابن الماجشون واصبغ الشيخ كانه يقول
امش للقاضي وانا الحقك فان لم الحقك فتلك الدابة انا اعطي
كراها ابن يونس صواب لانه ادخله في غرم ماله بوعده
فاذا اخلفه لزمه ما اوجبه له على نفسه كمن قال اشتر
عبد فلان وانا اعينك فيه بكذا فاشتراه ان ذلك يلزمه
لانه ادخله فيه بوعده انتهى ولم اقف على كلام ابن يونس هذا
الذي ذكره عنه ابو الحسن في اخر كتاب الصلح ولعله ذكره
في غير هذا الموضع او هو ساقط من بعض نسخ ابي الحسن
قلت وهذا الفرع مخالف لما قبله لانه في هذا ادخله في
غرم كراء الدابة بخلاف ما قبله فانه لم يدخله في غرم شي
فلذلك اختلف في الحكم بالالتزام في هذا الفرع والظاهر
ما نقله الشيخ ابو الحسن والله اعلم تنبيه قال البرزلي
في مسايل الدعوى والايمان وسيل بعض الفقها عن رجل
التزم النفقة على حفيديه مدة اربع سنين وسكناهما مع
امهما وشرط على امهما ان لا تتزوج ورضيت بذلك

وعن الخصمين يتواعدان الى السلطان

اذا التزم النفقة على حفيديه

والتزمت لحاها متي تزوجت قبل الاربع سنين كان لحاها عليها
مائة دينار صدقة من مال نفسها تومر بذلك وتجبر عليه
ثم تزوجت قبل تمام المدة فوجبت المائة للحما فاشهد انه
تصدق بها علي حفيديه ثم توفي قبل رشد الولدين فقام
ورثته يطلبونها اذ لم تحز عنه وقال الحفيد ان لم
نزل في كفالته ولا نفتقر لحوز وقالت الزوجة التزمت شيا
لا يلزمني فانا متعلقة بموجب الشرع فاجاب
وقفت علي المكتوب وجميعه غير مفيد وقصارى ما فيه
الكلام علي يمين المراة والتزامها لحماها وتزويجها قبل المدة
وقوله تومر وتجبر غير لازم لها بلا خلاف علمته اذا كان بيمين كما ذكرت ولا تجبر
واذا ثبت هذا اسقط جميع ما في البطن قال البرزلي قلت تقدم معارضتها
اذا كانت بيمين لما في الايمان والنذور واذا قال لله علي هدي فالشاة
تجزيه وان قال ان فعلت كذا فعلي هدي فحنث فانه يخرج بدنة الي اخرها
ويعارضه ايضا اذا التزم في مسيلة معينة ؟؟؟ مذهب امام
معين انه لا يجوز له مخالفته علي الاكثر ومنهم من لم يحك فيه خلافا
وانظر مسايل الشروط في النكاح وما في بعضها من الخلاف فلا
يبعد جري هذا عليه انتهى قلت اما ما اجاب به المفتي
فهو جار علي المشهور في المذهب غير ان ما ذكره من عدم الخلاف
لعله تبع فيه كلام الباجي المتقدم وقد تقدم التنبيه علي ذلك
وذكر ابن الحاج في نوازله مسيلة نحو هذه وذكر انه افتى فيها هو
وابن رشد بعدم اللزوم ونصها امراة خالعت زوجها علي ان حطت
عنه

عنه جميع كالئها وغير ذلك مما تضمنه عقد الخلع وعلي انها ان تزوجت
قبل انقضاء عام من تاريخ الخلع فعليها مائة مثقال فنفذت الفتوى
فيها بان الخلع جائز والشرط باطل ولها ان تتزوج قبل العام ولا شي
عليها بذلك افتيت انا وابن رشد انتهى قلت والظاهر انها تومر بالوفا
بذلك ولكن لا يقضى عليها به وهو مراده بقوله لا شي عليها فتامله
والله اعلم واما ما ذكره البرزلي فليس فيه شي تعارض المسيلة المذكورة
اما النذر فقد تقدم حكمه وان القضا به جار علي هذا الحكم واما
مسيلة التزام مذهب معين فليست من مسايل الالتزام المعلق
في شي الا ان يريد ان الحالفة علمت ان الالتزام المذكور يلزمها
علي قوله وقلدت ذلك القول والتزمته ففي ذلك اختلاف
تقدم في الباب الاول في فصل التزام عدم الرجوع عن الوصية
وتقدم ان الظاهر ان تقليد احد القولين لا يوجب القضا به
لكن هذا المعنى بعيد من لفظه واما الشرط في النكاح اذا لم
تعلق بطلاق او عتق معين او تمليك للعصمة فقد تقدم ان
المشهور عدم القضا بها والله اعلم ثم قال البرزلي وسيل ابن
النشاط عن امراة التزمت لزوجها متى ردت زوجها الاول
مدة عشرين سنة ثمانية دينار عليها وقبلها وفي ذمتها للزوج
الثاني ففارقها الزوج المذكور فتزوجت الاول قبل تمام المدة
لزمها ما التزمت قال البرزلي قلت هذه تعارض التي
قبلها الا ان يقال الالتزام للزوج اشد من غيره لحديث ان احق
الشروط الخ فلهذا اوجه انتهى قلت اما معارضتها

المراة اذا التزمت لزوجها بشي ...

Copyright © King Saud University

للتي قبلها فظاهرة وتقدم ان التي قبلها جارية على المشهور
واما هذه فجارية على مقابله ولا فرق بين الزوج وغيره والحديث
الذي ذكره في عكس المسيلة اعني انما هو في اشتراط المراة على الزوج
شروطا ونص الحديث ان احق الشروط ان توفوا به ما استحللتم
به الفروج وهو في الصحيحين ووقع في كلام ابن رشد في شرح
المسيلة الرابعة من كتاب التخيير والتمليك نحو المسيلة الاولى
وذكر ان الحكم فيهما باللزوم انما يتمشى على القول بان من حلف
بصدقة شي بعينه على رجل بعينه فحنث انه يجبر قد تقدم
في كلامه الذي ذكرناه عن سماع يحيى انه خلاف المشهور ونص
المسيلة وشرحها قال مالك من خالع امراته على ان تخرج الى بلد
غير بلدها اخذ منها شيا على ذلك او لم ياخذ ثم ابت ان تخرج
فهي على خلعها ولا تجبر على الخروج قال محمد بن رشد وهذا كما قال
لان الخلع عقد يشبه عقد النكاح اذ تملك المراة به نفسها كما
يملك المراة بالنكاح زوجها فوجب ان لا يلزم الشروط فيه بالخروج
من البلد والاقامة فيه او ترك النكاح وما اشبه ذلك من
تحجير النكاح كما لا يلزم به شي من ذلك في النكاح الا ان يكون بعقد
يمين مثل ان تقول فان فعلت فعبدها حر وما لها صدقة
على المساكين فيلزمها ان فعلت حرية العبد او الصدقة بثلث
مالها ولو خالعها على ان تخرج من البلد فان لم تفعل فعليها
لغير زوجها كذا وكذا لحكم عليها بذلك له على القول بان من حلف
بصدقة شي بعينه على رجل بعينه فحنث انه يجبر على ذلك والقولان
في

من خالع امراته على ان تخرج من البلد

في المدونة ولو قال فان لم تفعل فعليها لزوجها كذا وكذا لبطل
ببطلان الشرط ولم يكن له من ذلك شي على قياس اول مسيلة
من رسم سعد بعد هذا ولو شرط عليها ان تخرج من المسكن
الذي كانت تسكن فيه معه لم يجز الشرط لانه شرط حرام ولزمها
ان تسكن فيه طول عدتها ولا شي عليها الا ان يشترط عليها
كراه فيجوز ذلك قاله في كتاب ارخاء الستور من المدونة انتهى
ومسيلة رسم سعد تقدمت في الباب الاول والظاهر انه
لا يصح قياس هذه عليها لان مسيلة رسم سعد صورتها
ان زوجته خالعته على ان اعطته شيا من مالها على ان لا ينكح عليها
فان فعل رد اليها مالها فقال مالك له ما اخذه والشرط باطل
قال ابن رشد لانه اذا لم يلزمه بالشرط ان لا يتزوج عليها فاحرى
ان لا يلزمه ان يرد اليها ما اخذ منها لان الخلع يوول بذلك الى
فساد اذ لا يدري هل يرجع اليها فيكون سلفا او لا يرجع وهذه
المسيلة ليس فيها ما يوول الى فساد فالظاهر انه لا فرق بين
ان تلتزم الصدقة لزوجها او لغيره وانها تومر بذلك ولا تجبر
عليه على المشهور وقول ابن رشد ان القولين في مسيلة اليمين
بالصدقة اذا كانت على معين في المدونة فيه نظر لانه قد تقدم
في كلامه وفي كلام غيره ان مذهب المدونة عدم اللزوم وان
القول باللزوم لابن دينار في المدونة والقولان اللذان في المدونة
انما هما اذا كانت الصدقة على غير معين بغير يمين كما تقدم ذلك
فتامله وظاهر ما ذكره في اول مسيلة انه خالعها على ان تخرج من البلد

Copyright © King Saud University

ان الطلاق يقع باينا ويسقط الشرط وهو كذلك كما اذا خالعها على
ان تخرج من مسكنها والله اعلم **فرع** قال في مسايل الهبات
من نوازل ابن رشد فيمن وهبت زوجها هبة صحيحة وملكها
اعواما ثم اظهرها الزوجة طول حياتها وملكها لها وبقيت في ملكها
ثم تشاجرا فظن ان الزوجة منت عليه بالهبة فاقسم بالهبة
صدقة على المسلمين ان قبلها طول حياة الزوجة فاقسمت
الزوجة انها ما منت عليه ولا عرضت له فهل يتعلق اليمين
بالهبة **و**هل على الزوج فيما بيني ان امسكها **فاجاب**
يلزمه اليمين وتتعلق بالهبة ويجب عليه الصدقة بها على
المساكين ان ردتها اليه فقبلها منها الا انه لا يقضي عليه
بذلك انتهى **فرع** قال في التوضيح في كتاب الحضانة لو
طلبت الحاضنة الانتقال بالاولاد إلى موضع بعيد فشرط الاب
عليها نفقتهم وكسوتهم جاز ذلك **و**كذلك ان خاف ان تخرج
بهم بغير اذنه فشرط عليها ان فعلت ذلك فنفقتهم وكسوتهم
عليها لزمها ذلك قاله بعض الاندلسيين **قلت**
لا يقال ان هذا جار على القول بالقضا بالالتزام المعلق على فعل
الملتزم اعني الالتزام على وجه اليمين لان خروجها بهم الى المكان
البعيد ليس فعلا مباحا لها قصدت الامتناع منه بالالتزام
فانه لا يجوز لها ان تخرج بهم الا باذن والدهم فهو من باب
الالتزام المعلق على فعل الملتزم له الذى فيه منفعة للملتزم وذلك
لان للاب منعها من الخروج بهم الى مكان بعيد فالتزمت الام نفقتهم

على ان يسقط الاب حقه من منعها من الخروج بهم بل الظاهر ان
خروجها بهم الى المكان البعيد بغير اذنه يوجب نفقتهم عليها
لا سيما ان تعذر على الاب ردهم كما قالوا في الزوجة اذا هربت
وتعذر ردها سقطت نفقتها عن زوجها بل اختلفوا في سقوط
النفقة عن الاب اذا خرجت بهم الى المكان القريب الذي يكون
لها الخروج بهم اليه ولا تسقط حضانتها فقال في التوضيح **قال**
ابن راشد القفصي حيث قلنا تخرج بهم فحقهم في النفقة باق على
ابيهم في ظاهر المذهب **وحكى** في الطرر عن ابن جماهر الطليطلي
ان الام اذا خرجت ببنيها الى الصايفة يسقط الفرض عن
ابيهم مدة مقامهم انتهى **و**اقتصر ابن عرفة على ما حكاه صاحب
الطرر **و**رجح في الشامل الاول **و**حكى الثاني بقيل **مسئلة**
من التزم لانسان انه ان سافر من هذه البلدة فعليه كذا وكذا فالمشهور
انه لا يقضى عليه بهذا الالتزام **و**على القول بالقضا به فاذا اراد
الملتزم السفر وشرع في اسبابه فهل للملتزم له مطالبته بما التزمه
او بتوكيل وكيل يدفعه عنه اذا سافر اوليس له ذلك لانه
لا يتحقق وجوب الشي الملتزم به الا بعد سفره لاحتمال
موته قبل خروجه من البلد او حدوث عايق له عن السفر لم ار
فيه نصا **و**قال والدى رحمه الله الظاهر ان له المطالبة بالوكيل
كما في مسئلة المديان اذا اراد السفر وكان الدين يحل في غيبته **و**مثله
الزوجة اذا اراد زوجها السفر وطلبته بالنفقة **فرع** اذا قلنا
ان الالتزام المعلق على فعل الملتزم الذي على وجه اليمين لا يقضي به

علي المشهور فاعلم ان هذا ما لم يحكم بصحة الالتزام المذكور حاكم
اما اذا حكم حاكم بصحته او بلزومه فقد تعين الحكم لان
الحاكم اذا حكم بقول لزم العمل به وارتفع الخلاف و يبقي النظر
فيما اذا حكم الحاكم المالكي بموجب الالتزام المذكور فهل يحمل علي ان
مراده الحكم بلزومه وهو المتبادر من حكم الحاكم او يحمل علي انه
حكم بموجبه علي المشهور وهو عدم اللزوم والذي يظهر لي
انه ان كان القاضي او الحاكم من اهل العلم والدين فيحمل علي انه اللزوم
بموجب يرجح عنده القول الذي حكم به وان كان القاضي جاهلا او ليس
من اهل الدين فلا يلتفت الي حكمه ويطرح وان كان القاضي حيا
سيل عن مراده ويحمل علي قوله وهذا ايضا فيما عدا ما تقدم ذكره
مما هو علي وجه المخاطرة فاني لم اقف علي خلاف في عدم لزومه
فلا يصح الحكم به كما تقدم والله سبحانه وتعالى اعلم

الجبر

الباب الثالث في الالتزام المعلق

علي فعل الملتزم له بفتح الزاي وهو علي سبعة انواع لان
ذلك الفعل اما ان يكون اختياريا او غير اختياري والاختياري
اما ان يكون واجبا او حراما او جايزا والجايز اما ان يكون
لا منفعة فيه او فيه منفعة والذي فيه منفعة لا يخلوا اما ان
تكون المنفعة فيه للملتزم بكسر الزاي او للملتزم له بفتح الزاي
او لغيرهما النوع الاول الالتزام المعلق علي الفعل
الذي ليس باختياري كقوله لزوجته ان ولدت غلاما فلك كذا
وكذا وحكمه اذا وجد المعلق عليه حكم الالتزام المعلق في اللزوم

والقضا

والقضا به وقال في رسم سلف من سماع عيسى من كتاب الايمان
بالطلاق في رجل قال لامراته ان ولدت غلاما فلك مايه دينار وان
ولدت جارية فانت طالق وقد وقع عليه الطلاق واما المايه دينار
فلا ارى ان يقضي بها لانها ليست ههنا بصدقة ولا هبة ولا
علي وجه ذلك قال بن رشد قوله ان الطلاق قد وقع يريد ان الحكم
يوجب ان يعجل عليه لانه وقع بنفس اللفظ حتي انه لو مات
احدهما بعد ذلك لم يتوارثا وهذا قول مالك في المدونة وقال
ابن الماجشون وسحنون يستاني به واما قوله في المايه دينار
انه لا يقضي بها فحمله محمل العدة ما لم يقل في مالي ولا ذكر انها هبة
ولا صدقة ولا عطية فلذلك قال انه لا يقضي بها اذ ليست علي سبب
من فعل الموعود والاظهر من هذا اللفظ التبتيل وان يحمل علي
انه اراد بذلك في مالي مايه دينار عطية فيحكم لها عليه بها ما لم
يذهب ماله او يفلس او يموت كما قال غير ابن القاسم في كتاب
الشركة في الذي يقول لك ما اربح في هذه السلعة واما العدة
ان يقول الرجل انا افعل واما اذا قال قد فعلت فهي عطية
وقوله لك كذا وكذا اشبه بقوله قد فعلت منه بانا افعل وبالله
التوفيق انتهى وقوله ما لم يذهب لعله يريد ما لم يذهب ماله وعلم
منه انه لو فهم من كلامه انه اراد ان ولدت غلاما فلك مايه دينار
في مالي او صرح بذلك لزمه بلا كلام وان حكمه حكم الالتزام المطلق
في القضا به ما لم يفلس الملتزم او يموت والله اعلم النوع الثاني
الالتزام المعلق علي الفعل الواجب علي الملتزم له بفتح الزاي كقولك

Copyright © King Saud University

ان جيتني بعبدى الابق او ببعيرى الشارد او بمتاعي
الضايع فلك عندى كذا وكذا وكان العبد او البعير او المتاع
عنده او لم يعلم مكانه فان ذلك غير لازم للملتزم ولا يحكم به عليه
ورد ذلك واجب عليه وكذلك الاعلام بموضعه ولا يجوز له
ان ياخذ على ذلك شيا لان ذلك من باب الجعل وقد قالوا ان
من شروط الجعل ان لا يكون الفعل مما يلزم المجعول له عمله
اما ما كان واجبا على الكفاية فيلزم الالتزام المعلق عليه كقوله
ان غسلت هذا الميت فلك كذا وكذا وقال في اول رسم من سماع
عيسى من كتاب الحج قال ابن القاسم في رجل قالت له امراته وكانت
صرورة ايذن لي ان احج وانا اعطيك مهري الذي عليك فقبل
وتركها تحج قال يلزمه المهر لانه كان يلزمه ان ياذن لها ان تحج
وقد بلغني ذلك عن ربيعة قال ابن رشد قال ابن القاسم في رواية
ابن ابي جعفر الدمياطي عنه وذلك اذا لم تعلم انه كان يلزمه ان
ياذن لها واما اذا علمت فذلك لازم لها لانها اعطته مالها طيبة
بذلك نفسها وقوله هذا مفسر لهذه الرواية لانها اذا علمت
انه يلزمه الاذن لها فانما اعطته مالها على ان ياذن لها بطيب
نفس راضيا بذلك غير معاتب لها على ذلك وقد قال في الحج الثالث
من المدونة انها اذا احرمت بغير اذن زوجها وهي صرورة
فحللها زوجها من حجتها ثم اذن لها فحجت اجزاها ذلك عن حجة
الفريضة وعن التي حللها منها زوجها فدل ذلك على انه لا يلزمه
ان ياذن لها اذ لو لزمه ذلك لما كان له ان يحللها الا ان معنى ذلك
عندهم

عندهم اذا احرمت دون الميقات او قبل اشهر الحج فعلى هذا لو اعطته
مهرها على ان ياذن لها بالخروج الى الحج قبل اشهر الحج اي قبل وقت
خروج الحاج من ذلك البلد للزمها ذلك ولم يكن لها ان ترجع
فيه اذ لا يلزمه الاذن بالخروج في ذلك الوقت انتهى تنبيه
فعلى ما قاله ابن رشد اذا كان الملتزم يعلم ان ذلك الفعل يجب على
من اراد ان يرغمه في الاتيان بذلك الفعل كقوله ان صليت
الظهر اليوم فلك عندي كذا وكذا او نحو ذلك والله اعلم وقال في
الذخيرة من وجد ابقا او ضالا بغير عمل فلا جعل له وكذلك من
عرف مكانه فدل عليه لان ذلك واجب عليه وقال ايضا من
طلب من يعلم موضعه فلا شي له لان ذلك واجب عليه وقال
في اللباب في شروط الجعل الاول ان يكون عملا لا يلزم المجعول
له عمله فان كان مما يلزمه عمله لم يجز له اخذ الجعل عليه كالجعل
على فعل الحرام سوا كان فعلا او قولا كما اذا قال له ان شربت هذا
الاناء من الخمر فلك كذا او ان سببت فلانا فلك كذا انتهى وقال
ابن سلمون من رد ابقا او ضالة من غير عمل فلا جعل له على رده
ولا على دلالته لوجوب ذلك عليه وقال في كتاب الجعل
والاجارة من النوادر وانما يجوز الجعل على طلب عبد يجهل مكانه
فاما من وجد ابقا او ضالا او ثيابا فلا يجوز له اخذ الجعل على
رده ولا ان يدل على مكانه بل ذلك واجب عليه فاما من وجد
ذلك بعد ان جعل ربه فيه جعلا فله الجعل علم بما جعل فيه
او لم يعلم تكلف طلب هذه الاشيا او لم يتكلفها وان وجد قبل

فيعـ هذا ولابد

Copyright © King Saud University

اي يجعل فيه ربه شيأ فانظر فان كان ممن يطلب الاباق قد عرف
بذلك فله جعل مثله وان لم يكن ممن نصب نفسه لذلك فليس
له الا نفقته وكذلك بذل او لم يبذل ربه فيه جعلا وكذلك قال
ابن الماجشون واصبغ وكله قول مالك و قال بن الماجشون
اذا كان ليس من شانه طلب الاباق فلا جعل له ولا نفقة قولا
مجملا انتهى قلت ماذكره اولا من انه اذا جعل ربه فيه
جعلا فمن جا به استحقه علم بالجعل او لم يعلم تكلفه او لم يتكلفه
هو قول بن الماجشون واصبغ وغيرهما وحكاه بن حبيب
عن مالك كما ذكره وعليه اقتصر بن الحاجب وصدر به صاحب
الشامل قال في التوضيح وقال بن القاسم في العتبيه من سمعه
فله الجعل سوا كان شانه او لا وان جا به من لم يسمعه لم يكن
له شي الا ان يكون شانه اي فيكون له جعل مثله وقال في
البيان بعد ان ذكر القولين وقول بن القاسم اظهر وعليه
اقتصر الشيخ خليل في مختصره وقوله في النوادر وان وجد
قبل ان يجعل فيه ربه شيا الخ هو كقول بن الحاجب فلو احضره
قبل القول وعادته التكسب بذلك فله اجر مثله بقدر تعبه
وان شا ربه تركه ولا شي له وان لم تكن له عادة فله نفقته فقط
قال في التوضيح قوله فله اجر مثله يريد اذا كان ربه لا يتولى
ذلك بنفسه انتهى مسئلة قال في نوازل بن رشد في مسايل
الدعوى والخصومات في رجلين لاحدهما دين على الاخر فتنازعا
فسب الذي عليه الدين صاحب الدين فطلب حقه في ذلك

واراد

49

واراد اخذ شهادة من حضر فرغب اليه بعض الحاضرين في العفو
فقال للراغبين في العفو اعقدوا الي عقدا وتشهدون فيه بما
عندكم ولكم عندي ما تريدونه ففعل ذلك وشهدوا له ثم اقتضوه
ما وعدهم به من العفو فانكر ذلك وقال انما اردت بقولي لكم
عندي كلما تريدون من وجه الصلح في الدين الذي وقع فيه
الطلب لا في اسقاط ما وجب عليه في سبي فاجاب بن رشد
يلزمه العفو ان سالوه اياه بعد ان يشهدوا له لانه هو الذي
سالوه اولا فهو الذي اوجبه لهم على نفسه بقوله لكم عندي
كلما تريدونه ان شهدتم لي في ظاهر امره فلا يصدق فيما ادعاه
من انه اراد بذلك ما سواه وبالله التوفيق فان قيل هذا
من الالتزام المعلق على الفعل الواجب على الملتزم له لان شهادتهم
له بما سمعوه واجب فالجواب والله اعلم ان يقال
لعل الملتزم كان يعلم بوجوب الفعل على الملتزم لهم فلذلك الزمه
ابن رشد الالتزام كما قال في مسيلة المهر المتقدمة او يقال
لما سالهم كتابة الشهادة وان يعقدوا له بذلك عقدا لم تكن المسئلة
من هذا الباب لان الواجب عليهم اداء الشهادة اذا طلبها
منهم لا ان يكتبوا له بها عقدا او لعل الشهادة لم تتعين على
الجماعة الراغبين له في العفو لوجود غيرهم ويمكن ان يقال
ان المنفعة المقصودة التي هي العفو لما كانت لغير الملتزم
والملتزم له صارت المسئلة من الالتزام المعلق على فعل غير
الملتزم والملتزم له والحكم في ذلك اللزوم كما سياتي في الباب الرابع

Copyright © King Saud University

فتامله والله اعلم **تنبيهات الاول**
قال في معين الحكام ومن شرط جواز الجعل على الابق وما في
معناه ان يكون الجاعل والمجعول له جاهلين بموضعه فان
علما بموضعه لم يجز الجعل وان علمه الجاعل وحده كان عليه الاكثر
من الجعل واجرة المثل وان علمه المجعول له وحده فلا شي على
الجاعل **وقال** بن القاسم يعطي قدر عنايه **وقال** في المتيطيه وفي
قوله انهما اذا علما موضعه لم يجز شطط لاسيما ان كان الموضع
بعيدا فالظاهر انه جائز لان الجعل حينئذ على الاتيان به وسياتي
في كلام بن رشد في رسم البراة من سماع عيسى من كتاب الجعل ما يدل
على جواز ذلك فتامله والله اعلم **واما** اذا جهله احدهما وعلمه
الاخر فما ذكره ظاهر وذكر ذلك في رسم العشور من سماع عيسي
من كتاب الجعل ولم يتكلم على ما اذا علما بموضعه **الثاني**
من قال لكافر ان اسلمت فلك عندي كذا فانه لازم له ويحكم
به عليه ولم يحكوا في ذلك خلافا **وا**نما اختلفوا هل ذلك من باب
العطية فيفتقر الى الحيازة او من باب المعاوضة فلا يفتقر
الى حيازة **قال** بن رشد في رسم الكرا والاقضية من سماع اصبغ
من كتاب الصدقات والهبات **حكى** ابن حبيب عن مطرف انه
قال من اعطى زوجته النصرانية داره التي هو فيها ساكن
على ان تسلم فاسلمت فلا اراها بمنزلة العطية لانه ثمن اسلامها
والاشهاد يجزيها من الحيازة وان مات الزوج فيها **قال** بن حبيب
وبه اقول **وقال** اصبغ لا اراها الا من العطية **و**لابد فيها من الحيازة

والا

والا فلا صدقة لها **وفي** المدنية لابن ابي حازم ولابن القاسم من رواية
عيسي عنه مثل قول مطرف **وا**ختيار ابن حبيب انتهى **و**ذكر
ابن رشد ايضا القولين في رسم باع غلاما من سماع ابن القاسم من
كتاب النكاح **قلت** والظاهر انه لا فرق بين الزوجة وغيرها
وفي كلام بن رشد ترجيح القول بان ذلك لا يفتقر للحوز وبذلك
افتى بن الحاجب **قال** في نوازله ومن تصدق على زوجته بداره
على ان تسلم وماتت قبل ان تقبض الدار فهي حيازة لها
ولورثتها لان الاسلام ثمن الدار انتهى **قلت** ولعلهم
انما حكموا في هذه المسئلة بلزوم الالتزام لان الملتزم
لما كاد بعلم بوجوب ذلك الفعل على الملتزم له حمل على انه اراد
الترغيب في الاتيان بذلك الفعل ولعلهم انما قالوا انه لا يفتقر
الى حيازة في احد القولين لانهم لاحظوا في هذه المسئلة انه
لما كان الكافر لا يجبر على الاسلام واقره الشرع على دينه
صار ذلك شبيها بالفعل الجائز فتامله والله اعلم **الثالث**
من قال لعبده ان تركت شرب الخمر والزنا فانت حر فان ذلك
لازم له لان من علق العتق على وجود فعل لزمه العتق اذا
وجد ذلك الفعل لكن لا يصدق العبد في قوله تركت ذلك حتى
يظهر صدقه **قال** في نوازل سحنون من كتاب الولاء في رجل
قال لعبده ان تركت شرب الخمر فانت حر فقال له بعد ايام
قد تركت الخمر ان ذلك ليس له حتى تعرف العبد توبة عن شرب
الخمر وحالة حسنة **قال** بن رشد هذا بين لان العبد مدع لما

Copyright © King Saud University

بوجب الحربة ولا يصدق في ذلك حتي يعرف صدقه بظهور
صلاح حاله انتهي والله اعلم **النوع الثالث**
الالتزام المعلق علي فعل محرم علي الملتزم له كقوله ان قتلت
فلانا او شربت الخمر فلك كذا وحكمه ان ذلك غير لازم وسياتي
في المسيلة العاشرة ان شا الله تعلي في الفصل الاول من الخاتمة
ان من قال لرجل ان قتلتني فلك كذا وكذا او ان قتلت عبدي
فلك كذا انه جعل له واختلف هل يقتل به او يسقط عنه
القصاص وسياتي بيان ذلك ويشبه ان يكون من هذا النوع
ما وقع في رسم اوصى من سماع عيسى من كتاب التخيير في
نصراني اسلمت امراته فاراد ان يسلم فقالت افتدي منك
بمالي علي ان لا تسلم حتي املك امري او علي ان لا يكون لك علي
رجعة ففعل ثم اسلم قال ان افتدت منه قبل ان يسلم
لم يثبت ذلك عليه ورد ما اخذ منها وكان له عليها الرجعة
ان اسلم في عدتها لانه لو طلقها وهو كافر لم يلزمه من طلاقه
شي فجعله بمنزله طلاقه قال فلو كانت افتدت منه علي
ذلك فلم يسلم او اسلم بعد انقضا عدتها لكان يكون له الذي
افتدت به منه قال لا ارى له شيا وارى ان تاخذ منه قال
ابن رشد هذا بين لان الخلع طلاق فلما كان طلاقه باطلا غير
لازم كان خلعه مردودا غير ثابت انتهى والله اعلم قلت
وانما قلنا انه يشبه ان يكون من هذا النوع لان ابن رشد
انما علل ذلك ببطلان الطلاق **تنبيه** ولا يأتي ما ذكرناه

في

في النوع الثاني اخذا من كلام ابن رشد ان الملتزم بكسر الزاي
اذا كان يعلم ان ذلك الفعل واجب علي الملتزم له ثم علق الالتزام
عليه انه يلزمه ويحمل انه قصد الترغيب في الاتيان بذلك
الفعل لان ذلك قربة ومعروف والمعروف يلزم من التزمه
وهذا معصية لانه اعانة علي معصية وترغيب في فعل
المعصية فلا يلزم ذلك من التزمه ولو قبض الملتزم له الشي
الملتزم به فهل يرده علي ربه او يتصدق به ياتي فيه الخلاف
الذي في حلوان الكاهن وما تاخذه الزانية والقواد والمخنث
ونحوهم هل يلزمهم ان يردوا ما اخذوه علي ما اعطاهم او
يتصدقوا به ذكر البرزلي وابن ناجي والشيخ زروق وغيرهم
في ذلك قولين وقد ذكرت كلامهم في شرح مناسك الشيخ خليل
قلت والظاهر لي من القولين التصدق بذلك وعدم رده
الي من اخذ منه لانه دفعه في غير حق فلا يرد له ادبا
ولذلك قالوا انه لا ينفع التحليل في هذه المسايل والله اعلم
النوع الرابع الالتزام المعلق علي الفعل الجايز الذي
لا منفعة فيه لاحد كقوله ان صعدت هذا الجبل فلك
كذا وهو ايضا من باب الجعل وقد اختلفوا فيه هل
يشترط ان يكون في العمل المجعول عليه منفعة او لا يشترط
ذلك علي قولين حكاهما ابن الحاجب والشيخ خليل وغيرهما
قال ابن غازي وظاهر كلام عياض في التنبيهات ان المشهور
اشترط المنفعة للجاعل لانه قال في تعريف الجعل هو ان يجعل

Copyright King Saud University

الرجل للرجل اجرا معلوما ولا ينقده اياه علي عمل يعمل له معلوم
او مجهول مما فيه منفعة للجاعل علي خلاف في هذا الاصل علي انه
ان عمله كان له الجعل وان لم يتم فلا شي له مما لا منفعة فيه للجاعل
الا بعد تمامه انتهي وعلي القول باشتراط المنفعة اقتصر ابن يونس
قال قال عبد الملك من جعل لرجل جعلا علي ان يرقي الي موضع من
الجبل سماه انه لا يجوز ولا يجوز الجعل الا فيما ينتفع به الجاعل
يريد انه من اكل اموال الناس بالباطل انتهى كلام ابن غازي تنبيه
وقع في كلام القاضي عياض وكلام ابن يونس المتقدمين وفي كلام
غيرهما ان يكون فيه منفعة للجاعل والظاهر ان قولهم للجاعل
خرج مخرج الغالب وانه لا مفهوم له بل القصد ان يكون في ذلك
الفعل منفعة سوا كانت للجاعل او لغيره الا ترى انه لو قال شخص
لاخر ان جئت بعبد فلان الابق فلك كذا لكان جعلا صحيحا والتزاما
لازما وفي الحقيقة انه لا بد في ذلك من منفعة للجاعل اما عاجلا او
آجلا او عاجلا واجلا ولذلك لم يمثلوا للفعل الذي لا منفعة فيه
للجاعل الا بنحو قولهم اصعد هذا الجبل وهذا ظاهر والله اعلم
النوع الخامس الالتزام المعلق علي الفعل الذي فيه منفعة
للملتزم بكسر الزاي وهو علي اربعة اوجه الوجه الاول ان يكون
الفعل المعلق عليه اعطا الملتزم له للملتزم او لغيره شيا ويملكه
اياه نحو ان اعطيتني عبدك او دارك او فرسك فقد التزمت
لك بكذا او فلك علي كذا او فلك عندي كذا الشي يسميه او فقد
اسقطت عنك الدين الذي لي عليك او ان اعطيت ذلك لفلان
او

او ان اسقطت الدين لك علي فلان فلك عبدي الفلاني او داري ونحو
ذلك فهذا من باب هبة الثواب وقد صرحوا بانه اذا سمي فيها
الثواب انها جايزة ولم يحكوا في ذلك خلافا وانها حينيذ بيع من
البيوع فيشترط في كل من التزم به والملتزم عليه ما يشترط
في الثمن والمثمون من انتفا الجهل والغرر لا يجوز في هبة الثواب
مما سياتي ذكره في التنبيه الرابع ويشترط فيها ايضا كون
كل منهما ظاهرا منتفعا به مقدورا علي تسليمه فلا يجوز ان يكون
احدهما ابقا ولا بعيرا شاردا ولا جنينا ولا ثمرة لم يبد صلاحها
ولا يجوز ان يكونا طعامين كقوله ان اعطيتني اردبا من القمح
فلك عندي قنطاران من السمن الا ان يكون ذلك في مجلس
واحد والطعامان حاضران ولا يجوز ان يكونا دينين كقوله
ان التزمت لي بثوب صفته كذا وكذا فلك في ذمتي عشرة
دنانير او ان اسقطت عني الدين الذي لك علي فلك في ذمتي
كذا وكذا ولا يجوز ان يؤجل احدهما باجل مجهول ويشترط في
صحة ذلك ان يكون كل من التزم والملتزم له مميزا ويشترط في
لزوم ذلك ان يكون طايعا رشيدا تنبيهات الاول
لا فرق بين ان يقول ان اعطيتني او ان ملكتني او ان وهبتني
او ان تصدقت علي مما يقتضي تمليك الرقبة حتى لفظ الصدقة
فان الصدقة وان كانت لا يقضي فيها بالثواب اذا شرط فيها الثواب
لزم كما صرح به في كتاب الهبات من المدونة وصرح به ابن رشد

Copyright © King Saud University

في اول رسم من سماع يحيي من كتاب الهبات والصدقات في
المراة تضع عن زوجها مهرها على ان يهب لها منزلة او يتصدق
عليها ان ذلك لازم **الثاني** اذا قال الملتزم بكسر الزاي ان اعطيتني
عبدك فلانا فلك عندي كذا وكذا فقال له الاخر قد اعطيتك ذلك
او قد فعلت او نحو ذلك مما يدل على العطا فان اجابه الاخر بما يدل
على قبول ذلك فقد لزم كل واحد منهما ما التزمه بالقول الصادر
منه وان لم يحصل قبض **قال** ابن الحاجب وليس له الرجوع في
الثواب بعد تعيينه وان لم يقبض **و**ان قال الاول لا ارضى
وانما اردت اختبارك هل ترضى ام لا فان كان ذلك في مجلس
واحد فالظاهر انه يحلف بالله ما اراد الا اختباره ولم يرد
ايجاب الالتزام فان حلفه والا لزم كما قال في كتاب الغرر من
المدونة فيمن اوقف سلعة لسوم فقال له رجل بكم فقال بعشرة
فقال قد وجبت فقال لا ارضى انه يحلف ما ساوم على ايجاب
البيع ويبرا فان لم يحلف لزمه البيع **و**كما قال ابن ابي زمنين
فيما اذا قال البايع انا ابيعك هذه السلعة بكذا فقال المشتري
اشتريتها بذلك فقال البايع لا ارض او قال المشتري انا اشتري
سلعتك بكذا فقال البايع قد بعتك فقال المشتري لا ارض انه
يحلف ولا يلزمه البيع وان انقض المجلس ثم جا الملتزم له الي الملتزم
وقال له قد رضيت فالظاهر انه لا يلزم الملتزم ما التزمه وانه
لا يمين عليه الا ان يكون اتي في التزامه بلفظ يقتضي اللزوم
وان انقضى المجلس كقوله متى اعطيتني هذا فلك كذا وكذا او الي

وقت

وقت ونحو ذلك ولم اقف في جميع هذا على نص فليتامل والله اعلم
الثالث اذا قلنا ان ذلك لازم بالقول فللملتزم له الامتناع
من التسليم حتى يسلم له الملتزم ما التزمه كالبيع **و**لا ينبغي ان يدخل
في ذلك الاختلاف الذي في هبة الثواب لانه حيث صرح بالعوض
صار حكمه حكم البيع على ان مذهب المدونة ان للواهب المنع من قبض
الهبة حتى يقبض الثواب خلافا لابن المواز **الرابع** اذا قال ان
اعطيتني عبدك او سلعتك فلك علي ان ارضيك فذلك جايز لانه
يجوز في هبة الثواب اشتراط الثواب دون تعيينه كقوله
اهبك هذا على ان تثيبني فان اعطاه ما رضي به فلا اشكال
وان قال لا ارضى بهذا فالظاهر انه ينظر في ذلك الشي الذي
اعطاه فان كان دون قيمة سلعته فلا يلزمه قبوله **و**ان كان
قدر قيمة سلعته او اكثر مما يقول الناس ان فيه ارضاله فيلزمه
قبوله **و**قد تقدم في فصل العدة شي من هذا فراجعه وتامله
والله اعلم **الخامس** اذا قال له ان بعتني سلعتك بكذا فلك
عندي كذا وكذا او فقد التزمت لك بكذا وكذا فالشي الملتزم به
داخل في جملة الثمن فيشترط فيه ما يشترط في الثمن **و**كذلك
ان قال ان اشتريت مني سلعتي بكذا فلك عندي كذا وكذا فالشي
الملتزم به داخل في جملة المبيع فيشترط فيه شروطه **و**هذا
ظاهر **و**الله سبحانه وتعالى اعلم **الوجه الثاني** ان يكون الفعل المعلق
عليه اعطا الملتزم له الملتزم او لغيره منفعة شي من دار او
عبد او دابة او غير ذلك نحو ان اسكنتني دارك سنة او سنين مسماة

او اسكنت فلانا فيها سنة او سنتين مسماة فلك كذا وكذا او
اخدمتني عبدك او اعطيتني ثوبك البسه مدة معينة اوان
حملتني على دابتك الي موضع كذا وكذا فلك كذا وكذا وهذا من
باب الاجارة فيشترط فيه شروط الاجارة وهي ان تكون المدة معلومة
والمنفعة معلومة والشي الملتزم به مما يصح ان يكون اجرة فلا
يجوز اسكني دارك مدة حياتي او حياتك او حياة زيد او الي ان
يقدم فلان وقدومه غير معلوم ولك عندي كذا وكذا وان
اسكنتني دارك فلك عبدي الآبق او بعيري الشارد ونحو ذلك
ولا يجوز ان يقول اسكنتك داري على ان اسكن دارك ولا اسكنتك
داري بعشرة دنانير في كل سنة على ان اسكن دارك بعشرة دنانير
او بخمسة في كل سنة حتي يبين مدة السنين الوجه الثالث
ان يكون الفعل المعلق عليه عملا يعمله الملتزم له للملتزم او لغيره
نحو ان جيتني بعبدي الآبق او بعيري الشارد او ان حفرت
لي بيرا في ارضي او ان جيت بعبد فلان او بعيره فلك كذا وكذا
فهذا من باب الجعل فيشترط فيه ان لا يحصل فيه منفعة للملتزم
بكسر الزاي او لمن اشترط العمل له الا بتمام العمل وان لا يضرب
في ذلك اجل وان يكون الشي الملتزم به معلوما مما يجوز كونه جعلا
وغير ذلك من شروطه الوجه الرابع ان يكون الفعل المعلق عليه ان
يترك الملتزم له حقا من حقوقه لاجل ما التزمه الملتزم نحو قول
الشخص للحاضنة ان اسقطت حقك من الحضانة فلك كذا وكذا
وكمسئلة اعطا الزوجة زوجها شيا على ان لا يتزوج عليها وهذا يشبه

ان

ان يكون من باب الجعل كما تقدم ولنذكر فروعا من كل وجه من هذه
الوجوه الاربعة فرع قال اللخمي في كتاب ارخا الستور وان
اعطته زوجته مالا على ان يمسكها ثم فارقها فان كان فارقها
بقرب العطية كان لها ان ترجع وان كان فراقه بعد ان طال
الامد وما يري انها بلغت الغرض في مقامها لم ترجع وان طال
ولم تبلغ ما يرى انها ارادت فعلت المال لمثله كان لها من المال على
التقريب فيما يرى وهكذا قال مالك فيمن اسقطت عن زوجها
صداقها على ان لا يتزوج عليها فطلقها بحضرة ذلك فلها ان
ترجع عليه وان طلقها بعد ذلك فيما انه لم يطلقها لمكان ذلك
لم يرجع قال اصبغ الا ان يكون الطلاق بحدثان الاسقاط
ليمين نزلت ولم يتعمد ولم يستانف اليمين فلا شي عليه ايضا
قال اللخمي واري لها ان ترجع في عطيتها وان كان الطلاق بيمين
حنث فيها لانها انما اسقطت صداقها لمعني ولتبقي زوجة
في عصمته فاذا لم يصح ذلك لها لم يلزمها ما اعطته ولو اعطته
ولو اعطته على ان لا يتزوج عليها فتزوج عليها رجعت عليه
قرب تزويجه او بعد انتهي ونقله الشيخ خليل في توضيحه في باب
الخلع ونقله ابن عرفة في الكلام على هبة المراة صداقها لزوجها
وقبلاه فاما ما ذكره في مسئلة ما اذا اعطته شيا على ان يمسكها
فقد نص عليه في سماع اشهب من جامع البيوع في الذي
يسال امراته ان تضع عنه صداقها فقالت اخاف ان تطلقني
فقال ما افعل فتضع عنه صداقها فقال مالك ارى لها ان ترجع عليه

قوله على عطاء الزوجة زوجها اسقط او الفعل التزويج عليه

بما وضعت الا ان يكون طال الزمان ونبين صحة ذلك ثم طلق فلا ارى
لها شيا قال بن رشد اذا سالها الزوج ان تضع عنه صداقها فلا فرق
بين ان تضعه عنه وتسكت او تقول اختني ان وضعته عنك ان
تطلقني فيقول لا افعل او تقول انما وضعته عنك على انك ان
طلقتني رجعت عليك فان لها ان ترجع عليه ان طلقها بقرب ذلك
الا ان تقول له انما اضعه على ان لا تطلقني ابدا وعلى انك متى
طلقتني رجعت عليك بصداقي فيكون لها ان ترجع عليه بصداقها
متى طلقها كان ذلك بالقرب او بعد طول من الزمان ومثل هذه
المسئلة في سماع اصبغ من طلاق السنة في التي تقول لزوجها
ان لم تتزوج علي فصداقي عليك صدقة فيقبل ذلك منها ثم
يطلقها بالقرب ان لها ان ترجع بصداقها بخلاف الذي يقول
لزوجته انت طالق ان لم تضعي لي صداقك فتضعه ثم يطلقها
وقد مضى الفرق بينهما هناك انتهى ومسئلة اصبغ التي قال
ابن رشد انها في طلاق السنة التي تقدمت في كلام اللخمي واختيار
اللخمي فيها مخالف لقول مالك واصبغ واما قول اصبغ الا ان يكون
الطلاق بيمين الى اخره فظاهره انه مقيد لقول مالك وهو الذي
يظهر من كلام بن رشد والشيخ خليل وبن عرفة ولم يزد بن رشد
في شرحها على ان ذكر الفرق بينها وبين المسئلة التي معها وهي مسئلة
التي يقول لزوجته انت طالق ان لم تضعي لي صداقك فقال الفرق
بينهما انها في المسئلة الاولى تصدقت عليه بالصداق على ان
يمسكها ولا يتزوج عليها لان هذا هو المعنى في اشتراطها ان لا يتزوج

عليها

عليها فان لم يوف لها بذلك وطلقها بالقرب وجب لها ان
ترجع عليه كالذي يسال زوجته ان تضع عنه صداقها
فتضعه واما المسئلة الثانية فانما هي يمين بالطلاق قد
لزمه لا بد ان يقع عليه الطلاق ان لم تترك له الصداق
فتركها انما هو فرار من وقوع تلك اليمين التي حلف
بها فلا شي لها اذا طلقها بعد ذلك الا ان تنظر لنفسها فتقول
لا اترك لك الصداق الا على ان تطلقني بعد ذلك وهذا بين
انتهى واما اذا اعطته شيا على ان لا يتزوج عليها او لا يتسرى
او وضعت له شيا من صداقها على ذلك فظاهر كلامه في المدونة
انه ان تزوج عليها او تسرى فلها ان ترجع عليه سواء كان ذلك
بالقرب او بعد بعد وسياتي لفظها ان شا الله في الفصل الثاني
من الخاتمة وصرح بذلك اللخمي كما تقدم وهو ظاهر كلام المتيطي
وابن فتحون كما نقل ابن عرفة عنهما في فصل الصداق في الكلام
على هبة المراة صداقها لزوجها ونصه قال المتيطي وابن فتحون
ان كان الهبة بعد العقد على ان لا يتزوج عليها او يتسرى
او لا يخرجها من بلدها تمت له ما اقام على شرطه وله مخالفة
شرطه فترجع عليه بما وضعته انتهى ولم اقف على خلاف
في ذلك الا ما اشار الشيخ خليل اليه في التوضيح في الشروط ونقله
عن بن عبد السلام انه ينبغي ان يفرق في ذلك بين القرب والبعد
كما فرقوا في المسايل السابقة فظاهر كلامه وكلام ابن عبد السلام
انهما لم يقفا على نص في ذلك وسياتي كلام التوضيح ان شا الله تعالى

جامعة الرياض – قسم المخطوطات

Copyright © King Saud University

في الفصل الثاني من الخاتمة في الكلام على شروط النكاح والحاصل
ان المنصوص في المسئلة انها ترجع عليه مطلقا سوا
تزوج عليها بالقرب او بعد البعد وهو ظاهر المدونة
وغيرها فرع واما اذا اعطته الزوجة شيا على ان
يطلق ضرتها فطلقها ثم اراد ان يراجعها فنص في التوضيح
في الكلام على الشروط على انه يفصل في ذلك بين القرب والبعد
كما في المسايل المتقدمة ولم اقف على ما يخالفه والله اعلم فرع
ومن ذلك من اعطى لزوجته شيا على ان اسقطت حضانتها
وقد سيل عنها ابن رشد وقيل له ان فقها تلك الجهة اختلفوا
فيها فمنهم من اجاز بيع الحضانة قياسا على بيع الشفعة ومنهم
من منع قياسا على من منعها زوجها من الحج فبذلت له مالا على
ان اباح لها ذلك وعلى مسئلة من نذرت صوم ايام فبذلت
له مالا على ان اباح لها ذلك وكيف ان تعلق بالعوض غرر ه
هل يجوز ويجري مجرى الخلع فاجاب الذي اراه على منهاج
قول مالك الذي نعتقد صحته ان ذلك جايز لان الحضانة حق
للام فيلزمها تركها للاب تركتها له على عوض او على غير عوض
ولا يكون لها ان ترجع فيها تركتها بعوض او بغير عوض
ويرجع الزوج في العوض ان كانت تركتها على عوض ومن قاس
ذلك على جواز تسليم الشفعة بعد وجوبها على عوض فما ابعد
القياس واما من منع ذلك قياسا على مسئلة منع الزوج الزوجة
من الحج فقد اخطا في القياس لانه انما يسقط عنه المهر بذلك من

اجل

فوعلى الحشو اعطاء الزوجة
لاجل طلاق ضرتها

فوعلى من اعطى بتسقط الام حقها
الحضانة

اجل انه يلزمه ان ياذن لها في ذلك وذلك اذا لم تعلم ان الاذن لها
في ذلك يلزمه فان علمت ذلك فتجوز عليها الوضيعة والرواية
بذلك منصوصة عن ابن القاسم ولو وضعت عنه على ان ياذن
لها بالحج قبل وقت الحج او في ان تحج تطوعا لسقط عنه المهر اذ لا يلزمه
ان ياذن لها في ذلك كذلك ما اعطاها على ان تركت حضانة ولدها
منه يجوز لها اذ لا يلزمها ذلك وكذلك الذي بذلت لزوجها مالا على
ان يبيح لها صيام الايام التي نذرت ان كانت اياما يسيرة ليس
له ان يمنعها من صيامها اذ لا ضرر عليه في ذلك فلا يجوز ان ياخذ
منها شيا على ان لا يمنعها وان كانت اياما كثيرة فللزوج ان يمنعها
من صيامها لما عليه في ذلك من الضرر وجاز له ان ياخذ منها ما اعطته
على ان لا يمنعها على قياس مسئلة الحج ويجوز ان تترك الحضانة على ثمرة
لم يبد صلاحها وما اشبه ذلك من الغرر اذ ليس بمبايعة وانما هو
صلح في غير مال فيشبه الخلع انتهى قلت وما قاله ابن رشد
ظاهر ويشهد له ما تقدم في الباب الاول عن المدونة انه يجوز
للزوج ان يخالعها على ان تسقط حضانتها وعلم من كلام ابن رشد
ان ذلك اذا اسقطت الحضانة قبل وجوبها ففي ذلك خلاف
وسياتي الكلام على ذلك في الفصل الاول من الخاتمة تنبيه
ما ذكره ابن رشد من جواز الغرر في ذلك ظاهر ويقاس عليه ما اشبهه
مثل مسئلة اذن الزوج لزوجته في حج التطوع والصوم واعطاء
الزوجة شيا لزوجها على ان يمسكها ونحو ذلك من مسايل هذا النوع
فرع وعكس هذه المسئلة اذا اسقطت حضانة الحاضنة بزواجها

وجب للاب اخذ الولد منها فارادت ابقاه عندها على ان تلزم
نفقته فقد تقدم في الباب الاول في الكلام على مسيلة الخلع
على التزام الام النفقة على المتيطية ان ذلك لازم وقال البرزلي
في اواخر مسايل الانكحة قال الرماح اذا التزمت الام نفقة البنات
على ان لا ينزعهن منها وان تزوجت لم يجز ذلك وعلى ان يكون الامر
اليها في تزويجهن ويكون العاقد غيرها فيجوز قال البرزلي
قلت في الاول نظر على القول بجواز الخلع بالغرر وان النفقة
تلزم بعد الحولين وعلى الجواز عمل الناس اليوم في شرطها وان تزوجت
وبدلت الازواج مسافرة كانت او حاضرة واما على ان تتزوجهن بنفسها
ففاسد وبغيرها فقال يجوز وهل من قبيل اللزوم وليس له عزلها
وهو ظاهر هذه الفتيا ويجوز له ان يعزلها او ترجع عليه بما
اسقطت لذلك كما اذا اسقطت له من صداقها بعد البنا على ان لا
يخرجها من بلدها وعلى ان يبقيها في عصمته او يعطيها
على الاثرة عليها فيه نظر وعلى الاول ظاهر العمل في هذا الزمان
انتهى قلت اما اذا التزمت الام نفقة الولد على ان لا
ينزع منها فلا يخلو اما ان يكون ذلك في عقد الخلع او بعده
فان كان في عقد الخلع فيجري الكلام في لزومه من جواز الخلع
على الغرر وعلى التزام النفقة بعد الحولين وعلى اللزوم العمل
كما ذكره البرزلي وكما تقدم في الباب الاول وتقدم عن المتيطية
انه اذا ارد صحة الخلع على التزام النفقة على اكثر من حولين
على القولين اعني على القول بجواز الخلع على التزام نفقة الولد اكثر
من

ف على هذه المسايل
يعني اذا التزمت الام نفقة
البنات وعلى ان يكون الامر
لها في تزويجهن

انه لا يتزوج عليها

من حولين وعلى المشهور من منع ذلك فانه خالع الزوجة
على ان تسقط حضانتها او تسلم الولد الى الاب فان ارادت
اخذه فلا يكون لها ذلك الا بان تلتزم نفقته وتسقط عن الاب
مؤنته وان ذلك خلع صحيح لازم واما ان يكون ذلك بعد الخلع
كما اذا سقطت حضانته الزوجة بزواج او غير ذلك ثم التزمت
نفقة الاولاد على ان يكونوا عندها ولو تزوجت الى البلوغ ونحو
ذلك فلا اشكال في لزوم ذلك وصحته والله اعلم ولعل كلام
الرماح في الوجه الاول واما اذا التزمت نفقة البنات على ان
يكون الامر في تزويجهن اليها فان كان على انها تلي ذلك بنفسها
فلا اشكال في فساده كما قال وان كان على معنى ان النظر لها في امرهن
وتوكل من يعقد عليهن فسناتي هذه المسيلة في كلام ابن رشد
ان شا الله تعلى ومن ذلك ايضا مسيلة اشتراط الاب على
الحاضنة انها ان خرجت بالاولاد الى موضع بعيد كانت
نفقتهم عليها وقد تقدم الكلام عليها في اخر الباب الثاني فرع
قال في رسم اخذ يشرب خمرا من سماع ابن القاسم من كتاب الصدقات
والهبات في رجل قال لرجل بلغني انك تشتمني فقال ما قلت
فقال احلف لي ولك كذا وكذا هبة مني فحلف اترى ان له الهبة
قال نعم ذلك يلزمه قال محمد بن رشد حكى ابن حبيب في الواضحة عن
اصبغ انه ترك قول ابن القاسم في اجازة الخلع فيما لا منفعة فيه
للجاعل وقال بقول ابن الماجشون ان ذلك لا يجوز وفي اجازة ابن عمر
روى عنه انه سيل عن رجل جعل لرجل جعلا على ان يرقى الجبل فاجازه

قال اصبغ ومن الدليل على جوازه ان مالكا اجاز الجعل في الرجل
يقول للرجل احلف لي انك لم تشتمني ولك كذا وكذا فيحلف
فالزمه مالك غرم ما جعل له وليس ذلك عندي ببين لان له فيه
منفعة وهو يطيب نفسه من جهته وتحسين ظنه به حتى
لا يعتقد شرا ولا مكروها فيا ثم في اعتقاد ذلك فيه وكذلك قوله
في رسم ان خرجت من سماع عيسى من جامع البيوع ولان
بع دارك ولك عندي كذا وكذا له فيه منفعة وهو ان يشتري
الدار من احب واما قوله في رسم الجواب من سماع عيسى من كتاب
النكاح في الذي يقول للرجل ولني انكاح ابنتك ولك كذا انه
لا يجوز فانما لم يجز ذلك لان لصاحب المولية ان يعزله عما جعل
اليه من ذلك فدخله الغرر وقد بسطنا القول هناك انتهى

تنبيهان الاول ليست هذه المسئلة اعني قول
الرجل احلف لي ولك كذا معارضة لمسئلة كتاب الاقرار وهي
ما اذا قال لفلان علي مائة دينار ان احلف قال سحنون لا يلزمه
لان الملتزم في هذه المسئلة طالب يمين الحالف وما التزمه هبة
منه له معلقة على الحلف واما مسئلة كتاب الاقرار فانما قصده
التنكيت بالمدعي وانه لا ينبغي ان يحلف وليس قصده الهبة
والعطية وانما هو اقرار له بشي في ذمته معلق على امر لا يدري هل
يقع ام لا فهو من نوع الالتزام الذي يقصد به الامتناع من الفعل
وقد تقدم ان من قال لخصمه ان لم اقضك غدا فالذي تدعيه حق
ان ذلك لا يلزم وانه مخاطرة وغرر وقال في ترجمة الاقرار بقول

فيه

فيه ان شا الله ونحوه من كتاب الاقرار من النوادر قال بن سحنون
وابن عبد الحكم اذا قال لفلان علي الف درهم ان شا فلان فهذا باطل
ان شا فلان او لم يشا لانه خطر كما لو قال له علي الف درهم ان تكلم
او دخل الدار وقال ابن المواز قال ابن سحنون وكذلك ان قال مطرت
السما وهبت الريح او دخل فلان الدار فهو باطل في اجماعنا ولو قال
ان حملت متاع هذا الى البصرة ففعل فهذه اجارة ولنذكر مسئلة
كتاب الاقرار وما فيها من الكلام تتميما للفائدة قال في ترجمة الاقرار
بشرط اليمين من كتاب الاقرار من النوادر ومن كتاب بن سحنون
ومن قال لفلان علي مائة درهم ان حلف او اذا حلف او متى حلف
او حين حلف او مع يمينه او في يمينه او بعد يمينه فحلف فلان
على ذلك ونكل المقر وقال ما ظننت انه يحلف فلا يوخذ بذلك المقر
في اجماعنا قال محمد بن الحكم اذا قال لفلان علي مائة ان حلف فيها او
ادعاها او متى حلف بالعتق او الطلاق او الصدقة او قال ان حلف
مطلقا فلا شي على المقر بعد او ان حلف الطالب وكذلك ان قال ان
استحل ذلك او ان كان يعلم انها له او ان اعارني دابته او رداه
فاعاره ذلك او قال ان شهد بها علي فلان فشهد فلا شي على المقر
في هذا كله واما ان قال ان حكم بها فلان لرجل سماه فتحاكما اليه فحكم
بها عليه لزمه ذلك ثم قال قال بن سحنون ولكن لو ادعى ذلك
عليه فجحد فقال له احلف وانت بري او قال اذا حلفت او متى حلفت
او كلما حلفت او انت بري مع يمينك او في يمينك او بعد يمينك
فحلف فهذا يلزمه ويبرا به المطلوب ولو رجع الطالب فقال

لا يحلف فليس له ذلك وكذلك ان قال المطلوب للمدعي احلف وانا اغرم
ذلك فحلف فذلك يلزمه ولو رجع فقال لا تحلف فليس له ذلك
وللمدعي ان يحلف ويثبت حقه انتهى وظاهر كلامه الثاني انه
معارض للاول وفرّق بينهما في التوضيح بان الاول فيما اذا
قال ذلك المقر ابتدا ولم يتقدم من فلان دعوى واما اذا ادعى
عليه الفا فقال له احلف وخذها فهذا يلزمه ولا رجوع له نص عليه
ابن يونس قلت وهو ظاهر من كلام سحنون المتقدم وعلى
هذا الفرق اعتمد في مختصره فقال فيما لا يلزم من الاقرار وان
حلف في غير الدعوى وذكر ابن عرفة المناقضة في كلام سحنون
واجاب عنها ونصه ونوقض قول سحنون بعدم
اللزوم في قوله ان حلف فحلف بقوله احلف وانا اغرم انه
يلزمه ومثله قول حمالتها احلفان الحق الذي تدعيه قبل اخي
وانا ضامن انه يلزمه ولا رجوع ويلزمه ذلك ان حلف المطلوب
وان مات كان ذلك في ماله ويجاب بان شرط لزوم الشي
امكانه وهو غير ثابت في قوله ان حلفت واخر انه لما علم ان ملزومه
الشي للشي لا تدل على امكانه فلم يلزمه الاقرار بعدم اثباته في
لفظه بشرطه وهو الامكان ولزومه في ذلك في قوله احلفه لا ثباته
عادلا على ثبوت شرط اللزوم وهو الامكان لدلالة صيغة
افعل عليه لان كل مطلوب عادة ممكن انتهى فتامله وما ذكره الشيخ
خليل في الجمع بين كلامي سحنون اظهر الثاني مفهوم قول الشيخ
خليل في غير الدعوى انه اذا قال له بعد الدعوى احلف وانا اغرم

انه

انه يلزمه سوا كان ذلك عند الحاكم ام لا وهو كذلك قال في رسم الجواب
من سماع عيسى من كتاب المديان وسيل ابن القاسم عن الذي
يدعي قبل الرجل حقا فيقول له احلف لي على ما ادعيته عليك
ليس حقا وابرا فيقول المدعى عليه بل احلف انت وخذ فاذا هم
المدعي ان يحلف للمدعى عليه بدا للمدعى عليه وقال لا ارضى بيمينك
ولم اظنك انك تجترى على اليمين وما اشبه ذلك وهل ذلك عند
السلطان وغيره سوا قال ابن القاسم ليس للمدعى عليه ان يرجع
ولكن يحلف المدعي ويحق حقه على ما احب الاخر او كره قد رد اليمين
فليس له الرجوع فيها وسوا كان ذلك عند السلطان او غيره اذا اشهد
عليه بذلك واقره قال ابن رشد هذه المسيلة متكررة في هذا السماع
من كتاب الدعوى والصلح ومثله في كتاب الهبات ولا اختلاف
اعلمه في انه ليس له ان يرجع الى اليمين بعد ان يردها على المدعي
واختلف هل له ان يرجع اليها بعد ان نكل عنها ما لم يردها على المدعي
فقيل ليس له ذلك وهو ظاهر ما في الديات من المدونة ورواية عيسى
عن ابن القاسم في المدنية وقيل ذلك له وهو قول ابن نافع في المدنية
والقولان محتملان انتهى وقوله ايضا مكررة في هذا السماع من كتاب
الدعوى يقتضي انها في سماع عيسى ولم اقف عليها فيه وانما هي
في اخر سماع اصبغ عن ابن القاسم باللفظ المذكور وتكلم ابن رشد عليها
بنحو كلامه المذكور حرفا بحرف وقال انها ذكرت في رسم الجواب
من سماع عيسى وعلى القول بانه لا يمكن منها ان نكل اقتصر الشيخ
خليل في مختصره فقال ولا يمكن منها ان نكل بخلاف مدعٍ التزم بها

Copyright © King Saud University

ثم رجع وان ردت على مدع وسكت زمانا فله الحلف و اخر باب
الشهادة وقال مالك في رسم القبلة من سماع ابن القاسم من كتاب
الديات في الذين تعرض عليهم الايمان في القسامة فينكلون ثم
يقولون بعد نحن نحلف قال كل من عرضت عليه يمين فاباها فقد
ابطل حقه بترك اليمين الا ان يكون له في تركها عذر بين قال سحنون
يريد بالعذر مثل ان يزعموا ان الميت عليه دين او يكون اوصى
بوصايا و قبله ابن رشد والله اعلم فرع من هذا النوع
ما قال ابن فرحون في الباب الثالث عشر من القسم الثاني من تبصرته
قال المتيطي من التزم للمدعى عليه اذا طلب المدعي يمينه ان يلتزم
المدعي انه ببينة ما علم منها وما لم يعلم فاذا اعتقد على نفسه هذا لم
يكن له ان يقوم عليه بعد يمينه بالبينة انتهى فهذا التزام من المدعي
معلق على حلف المدعى عليه ولا يلزم المدعي التزام ذلك الا ان ينشا
فرع ومنه ايضا من ادعى على رجل بحقوق عددها وزعم انه
لا بينة له على بعضها وله على بعضها بينة غايبة وطلب حلفه على
ما لا بينة له عليه الان يلتزم انه ان عجز عن اقامة البينة فيما
زعم انه له فيه بينة لم يكن عليه فيه يمين فان التزم ذلك حلفه الان
على ما زعم انه لا بينة له عليه فيه فان اقام بعد ذلك بينة و الا فلا يمين
له عليه وان لم يلتزم ذلك لم يستعجل بيمينه حتى يقيم البينة فان
اقامها والا جمع دعاويه وحلف له على الجميع نقله ابن عرفة عن ابن فتوح
في كتاب الاقضية لما تكلم على مسيلة من حلف خصمه ثم جا ببينة
و نقله ابن فرحون في تبصرته في فصل مسايل تتعلق باليمين

نعم على ماذا الفرع الخ

فرع

65

فرع قال في اول رسم الجواب من سماع عيسى من كتاب النكاح وسالت
ابن القاسم عن الرجل يقول للرجل وليني نكاح وليتك ولك كذا وكذا
او يجعل ذلك اليه ولا ياخذ شيا ثم يريد ان يعزله عما جعل اليه من ذلك قال
ابن القاسم في الذي جعل ذلك بجعل لا يحل ذلك ولا يصلح ويرد الجعل على
كل حال وله عزله في الوجهين جميعا ان شا فان وقع النكاح رد الجعل
على كل حال ثم ان كانت المراة مالكة امر نفسها ورضيت بالزوج قبل العقد
او كانت بكرا في ولاية ابيها ثبت النكاح وان كانت مالكة لنفسها ولم يسم
لها الزوج ولم تعرفه فسخ النكاح ان كان لم يدخل وان دخل بها رايت
ان يثبت لان ذلك رضى منها وقال سحنون اذا فوضت اليه نكاحها
ليزوجها ممن شا فزوجها كفوا فالنكاح جايز سمى لها امرا لا بكرا كانت
او ثيبا قال محمد بن رشد انما لم يجز الجعل في هذا وقال انه لا يحل ولا
يصلح من اجل ان للجاعل ان يعزله عما جعل اليه من ذلك ولو لم يكن له
ان يعزله عما جعل اليه من اجل الجعل الذي جعله له فيه لجاز ذلك على
مذهب سحنون في البكر والثيب وان لم يسم لها الزوج اذا رضيت بالامر
وعلى مذهب مالك في البكر ذات الاب والثيب ان كان سمى لها الزوج
وعرفته غرضه الذي اعطي عليه المال من تزويج وليته الرجل لمن يحب
ثم له فيرتفع الغرر والخطر وقد اجاز ابن القاسم في رسم ان خرجت
من سماع عيسى من جامع البيوع ان يقول الرجل للرجل ولني
بيع دارك بكذا ولك كذا وكذا والوجه في اجازته ذلك انه لم ير للمجعول
له رجوعا فيما جعل اليه مما اعطاه اذ لم يتعلق في ذلك حق لغيره
بخلاف النكاح الذي يتعلق به حق للولية المتزوجة وقد كان بعض الشيوخ

Copyright © King Saud University

يذكر في الفرق بين المسئلتين فرقا يزهي باستنباطه
ابداه واهتدا به اليه وهو انه في النكاح جعل لا منفعة
فيه للجاعل وفي البيع جعل على ما فيه منفعة اذ قد
يشترط على المشتري وفي البيع اكثر من الجعل فيكون قد
قد انتفع بالزيادة التي صارت وان اشترط في النكاح
على الزوج شيا لم يكن له وكان للزوجة لان كل ما اشترطه
الولي من حبا او كرامة فهو للزوجة فصار قد اعطى
الجعل على ما لا منفعة له فيه وهو وهم من قايله اذ لا
فرق في هذا بين النكاح والبيع لان من وكل رجلا على
ان يبيع له سلعة فباعها واشترط لنفسه على المشتري
شيا ياخذه منه فلا حق بين المسيلتين هو ما ذكرناه
لا سواه ثم نكلم على النكاح اذ لم تعلم المراة بالزوج الا بعد
العقد وكانت مالكة امر نفسها وذكر انه لا خلاف ان
النكاح لا يلزمها اذا لم ترض به واختلف اذا رضيت
والمشهور ان ذلك يجوز في القرب ولا يجوز في البعد والله اعلم

فرع قال في رسم ان خرجت من سماع عيسى من جامع البيوع
قال ابن القاسم من قال لرجل ولني بيع دارك ولك عندي عشرة
دنانير قال اذا فعل وسمى للدار ثمنا فالعشرة لازمة له ولا باس
بهذا قال محمد بن رشد قوله ويسمي للدار ثمنا يريد او فوض اليه
الاجتهاد في بيعها بما يراه من الثمن لانه انما بذل له العشرة
على انه يتم له ما اراد من بيعها لما له من الغرض في ذلك فلو كان لم يسم

له

له ثمنا ولا فوض اليه الاجتهاد فيما يبيعها به لما جاز لم ذلك
اذ لعله لا يرضى ابدا ببيعها بما يعطى فيها فتذهب العشرة التي
اعطا باطلا او يرد فتكون سلفا جر منفعة واذا ولي له بيع
الدار على ما بذل فليس له ان يعزله عن ذلك قبل ان يبيع
اذ لا يتعلق بذلك حق لغيره بخلاف النكاح الذي يتعلق
به حق للولية المتزوجة على ما مضى في رسم الجواب من سماع
عيسى من كتاب النكاح فرع قال في رسم البز من سماع
ابن القاسم من كتاب الجعل والاجارة قال ابن القاسم قال مالك من قال
دل علي من يشتري مني جاريتي ولك كذا وكذا فدل عليه فذلك لازم
ومن قال دل علي من اواجره نفسي ولك كذا وكذا فذلك له
ومن قال دلني على امراة اتزوجها ولك كذا وكذا فلا شي له
قال سحنون كل ذلك عندي واحد ليس بينهما فرق واري ان يلزمه
في النكاح مثل ما يلزمه في البيع والاجارة وقال اصبغ في كتاب
البيع والصرف من سماعه مثل قول سحنون وقال محمد بن رشد انما
فرق مالك بين ذلك من اجل انه لا يلزمه ان يدل عليه من يشتري منه ولا
من يبيع منه ولا من يواجره نفسه ولا شيا من الاشيا ويلزمه
ان يدله على امراة تصلح له لان معنى قوله دلني على امراة اتزوجها
اي اشر علي بامراة تعلم تصلح لي وهذ الوسالة اياه دون جعل
يلزمه ان يفعله لقول النبي صلى الله عليه وسلم الدين النصيحة
الحديث الا ترى انه لو قال رجل لرجل دلني على امراة اتزوجها فاني
محتاج الى النكاح فقال له انا اعلمها ولكن لا اعلمك بها والا ذلك عليها

او سلعة او بغيرها

الا ان تعطيني كذا وكذا الماحل له ذلك ولو قال ولك كذا وكذا فهـ لـ
عليه لكان له الجعل فالاصل في هذا ان الجعل لا يجوز فيما يلزم
الرجل ان يفعله وانما يجوز فيما لا يلزمه ان يفعله مثل ان
يقول دلني على امراة اتزوجها او واسع لي في نكاحها على ما باتي
في رسم البراة من سماع عيسى وانما قال سحنون واصبغ ان
الجعل يلزم في قوله دلني على امراة اتزوجها لانهما فهما قوله
دلني على امراة اتزوجها انه اراد بذلك ابحث لي على امراة تصلح
لي ودلني عليها ولك كذا وكذا فاوجب له الجعل اذ لا يلزم الرجل
ان يبحث للرجل على من يصلح له من النسا فيدله عليه ويلزمه اذا
استرشده في امر قد علمه ان يدله وينصح له ولا يكتمه ولو قال دلني
على من ابيع منه سلعتي او واجر نفسي ولك كذا وكذا لكان
له الجعل بخلاف قوله دلني على امراة اتزوجها ففي هذا يفترق البيع
من النكاح اذ لا يلزم الرجل ان يدل الرجل على من يشتري منه سلعته
اذا ساله ذلك وان كان عالما بمن يصلح له ويمكن ان يشتريها منه
ويلزمه ان يدله على امراة يتزوجها اذا ساله ذلك وكان عالما بامراة
تصلح له ويمكن ان يتزوجه والفرق في هذا بين النكاح والبيع
ان البيع مباح والنكاح مندوب اليه وقد يكون واجبا ولو اضطر
الرجل الغريب في موضع لا سوق الى بيع سلعة في امر لا بد منه فقال
الرجل دلني على من يشترى مني سلعتي وهو يعلم من يمكن ان
يشتريها منه لما حل له ان يقول لا ادلك الا ان تعطيني كذا وكذا
لوجوب ذلك فهذا وجه القول في هذه المسبلة وعلى هذا تتفق

الروايات

الروايات ولا يكون بين البيع والنكاح فرق وان كان ابن حبيب
قد حكى من قول ابن القاسم وروايته ان مالكا ان جعل في الدلالة
على النكاح لا يلزم وحكى غير واحد من اصحاب مالك اجازته
وانه سمع ابن الماجشون اجازته عن مالك وهذا تاويلنا منه
فان ذلك اختلاف من القول وتاويلنا اظهر انتهى فرع قال
في رسم البراة من سماع عيسى من كتاب الجعل والاجارة قال
عيسى قلت لابن القاسم فان قال اسع لي في نكاح بنت فلان
او اشخص لي في ذلك ولك كذا وكذا قال اذا سعى في ذلك وكان هو
في حاضرته ولم يشخص فيها الى بلد فلا باس به ان شا الله وذلك
يلزمه قال محمد بن رشد هذا بين على ما قال ان الجعل في ذلك جايز
ولازم لانه جعل في امر مباح لا يلزم المجعول له فعله وقد مضى
بيان هذا المعنى في رسم البز من سماع ابن القاسم ومضى في رسم
ان خرجت من سماع عيسى من جامع البيوع ورسم الجواب
من سماع عيسى من كتاب النكاح القول على قوله ولي انكاح
وليتك ولك كذا وكذا او ولي بيع دارك ولك كذا وكذا او بينة
المعنى في الفرق بين النكاح والبيع فلا معنى لاعادته وبالله
التوفيق واما شرطه في هذه المسبلة ان يكون ذلك في حاضرته
ولا يشخص فيه الى بلد اخر فلا وجه له اذ لا منفعة للجاعل في
شخوصه الى بلد اخر ان لم يتم له النكاح وهو يشخص في ذلك رجا
ان يجده فيجب له الجعل الذي جعل له فيه وذلك بخلاف الرجل
يجاعل الرجل على ان يبيع له ثوبه ببلد اخر لانه ان لم يقدر على بيعه

Copyright © King Saud University

بذلك البلد انتفع الجاعل بحمل سلعته الى ذلك البلد فهذه هي العلة في ان
ذلك لا يجوز حسب ما مضى القول فيه في اول رسم من سماع
ابن القاسم وهي معدومة في مسيلة النكاح هذه فوجب ان يجوز
انتهي وبالله التوفيق **قلت** هذا كلام ابن رشد الموعود به في الدلالة
على جواز الجعل مع علم الجاعل والمجعول له بموضع الابق والله سبحانه
اعلم **فرع** قال في نوازل ابن الحاج في رجل اراد السفر الي الحج مع امه
فقال له عمه اترك السفر مع امك وازوجك ابنتي واعطيك عشرة مثاقيل
فترك المسير مع امه ثم قام على عمه بعد سبعة اشهر مطلبه العدة
فاجاب بانه يحكم على عمه بدفع العشرة المثاقيل اليه وبنكحه
ابنته الا ان يكون قد عقد نكاحها مع احد فلا يجب النكاح وذلك لانها
عدة قارنها سبب وهو ترك المسير مع امه وبذلك افتي ابن رشد
ايضا انتهى **و**فهم من هذه المسيلة ان من التزم لشخص ان يزوجه
ابنته او من له ولاية الجبر عليها فانه يقضى عليه بذلك الا ان يعقد
نكاحها لغيره فانه لا يفسخ فتامله والله اعلم **فرع** قال ابن رشد
في رسم مسايل البيوع والكرا من سماع اشهب من كتاب الرد بالعيوب
في شرح مسلم جواز سوال الواحد ان يكف عن الزياده في البيع وعدم
جواز سوال الجميع فلو قال لواحد كف عني ولك دينار جاز ذلك ولزمه
اشترى او لم يشتر **و**لو قال كف عني ولك نصفها على سبيل الشركة
لجاز ايضا **و**انما لم يجز ذلك في الرواية اذا اعطاه النصف على طريق
العطية فكانه اعطاه على ان لا يزيد عليه ويكف عنه ما لا يملك
فلذلك لم يجز والله اعلم قاله ابن دحون وهو صحيح انتهي **و**نقله
ابن

وعمه يريد السفر فعارضه ان تركه واعطيه عشرة مثاقيل وازوجك ابنتي

63

ابن عرفة في الكلام علي النجش **وقال** في اجازته في مسيلة الدينار
نظرا لان اعطاه ليس علي الكف لذاته بل لرجاء حصول السلعة له
وهي قد لا تحصل **و**ظاهر قول المازري انما يجوز في سوال الواحد
اذا كانت الترك تفضلا ولو كان على ان له نصفها لم يجز لانه دلسة *
منعه بالدينار خلاف نقل ابن رشد انتهى **قلت** والرواية التي
اشار اليها ابن رشد هي ما ذكره في النوادر في ترجمة النجش من كتاب
محمد قال ومن كتاب محمد **و**لا باس ان يقول المبتاع لرجل حاضر كف
عني ولا نصفها **و**تدخله الدلسة انتهى **تنبيهات**
الاول لا يشترط ظهور المنفعة بل تكفي مظنتها لان العاقل لا يفعل
الا ما يتوقع فيه مصلحة **و**لذلك اجازوا الخلع من الاجنبي وجعلوه
لازما بل قالوا انه لا يفتقر الي حيازة لا يبطل بالموت والفلس
فاذا قال الشخص لرجل طلق زوجتك ولك عندي كذا وكذا **و**علي
كذا وكذا او طلقها لزمه ذلك **قال** في رسم باع غلاما من سماع ابن القاسم
من كتاب النكاح **و**سيل عن الرجل الحر يتزوج الامة ثم ان الرجل من
اهله انف من ذلك فقال له طلقها وانا اكتب لك كتابا بثمانية دنانير في
نكاح امراه اذا بدا لك ان تتزوج فطلقها وكتب عليه كتابا وا قام
نحو من ثلاثة اعوام لا يتزوج ثم ان الجارية اعتقت وتزوجت رجلا
فطلقها زوجها فارتجعها الزوج الاول **و**قد مات الذي ضمن المال
ايكون ذلك في ماله **و**لا ارى لك ان تدخل في مثل ذلك **قال** محمد ابن رشد
في قوله قد تقادم هذا فلا ارى له حقا دليل على انه لو لم يتقادم لوجب
له ذلك في ماله **و**انما وجب له ذلك في ماله اذا تزوج بالقرب ولم يره ذلك

هبة تبطل بالموت لانه اعطاه ذلك على شرط الطلاق فصار ثمنا
للطلاق و يجب له بعد الموت و يحاص الغرما به في الفلس والموت
وفي الموطا ليحيى عن ابن القاسم انه لا شيء له في ماله بعد الوفاة
فراه كالعطية على غير عوض وعلى هذا اختلفوا في الرجل يعطي
امراته النصرانية دارا على ان تسلم هل هي ثمن لاسلامها فلا
يحتاج فيها الى حيازة او عطية تفتقر الى حيازة حكى ابن حبيب
في ذلك قولين و من هذا المعنى المسيلة الواقعة في رسم اخذ
يشرب خمرا من سماع ابن القاسم في الصدقات والهبات احلف
لي انك لم تشتمني ولك كذا وكذا فيدخل فيه القولان و قال وكان
الاظهر في مسيلة الكتاب ان يجب له المائة تقادم الامر او لم
يتقادم لقوله فيها اذا ابدالك لان اذا ظرف لما ياتي من الزمان
ولو علق العطية بالتزويج دون الطلاق فقال له ان تزوجت
فلك داري الفلانية او فلك قبلي كذا وكذا لكان ذلك الامر
لازما له في الحياة والموت لا يحتاج فيه الى حيازة باتفاق
ان تزوج بالقرب على هذه الرواية ولو قال له ان تزوجت فانا
اعطيك كذا وكذا كانت عدة بلا سبب يجري على اختلاف
في ذلك انتهى وقوله ولو علق العطية بالتزويج الى قوله لا يحتاج
فيه الى حيازة معناه اذا تزوج قبل ان يفلس او يموت و هذا من
الالتزام المعلق على الفعل الذي فيه منفعة للملتزم له وسياتي
في النوع السادس الثاني الالتزام الذي من باب هبة الثواب
ومن باب الجعل مخالف لغيره لانه هنا من باب المعاوضة فيطلب
في

في الشيء الملتزم به ان يكون معلوما لا غرر فيه قال في كتاب الجعل
والاجارة من المدونة وان قال من جاءني به يعني العبد الابق
فله نصفه لم يجز لانه لا يجوز بيعه لانه لا يدرى ما دخله
وما لا يجوز بيعه لا يجوز ان يكون ثمنا لاجارة او جعل وان
جاء به على هذا فله اجر مثله وان لم يات به فلا شيء له وقال
ابن رشد في اول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الجعل ورايت
في مسايل منتخبة لابن لبابة قال ابن القاسم كلما جاز بيعه
جاز الاستيجار به وان يجعل جعلا وما لم يجز بيعه لم يجز
الاستيجار به ولا جعله جعلا الا خصلتين فيمن يجعل
لرجل على ان يغرس له اصولا حتى تبلغ الى حد كذا ثم هي والاصل
بينهما فان نصف هذا لا يجوز بيعه وفيمن يقول القط زيتوني
فما لقطت من شيء فلك نصفه فهذا يجوز يريد وبيعه لا يجوز
قال وروي مالك انه لا يجوز ولم يختلف قوله في جواز اقتض
لي مائة على فلان وما اقتضيت فلك نصفه وهما سوا قال
ابن رشد الفرق ان في لقط الزيتون غررا لان اوله اهون من
اخره الا ترى انه اذا كان كثيرا القط على العشر واقل وان كان
خفيفا القط على النصف فاكثر ولا يدري الجاعل هل يتم العامل
العمل ام لا فالاظهر منع الجعل فيه واما المجاعلة على اقتضاء
الدين بالجزء مما يقتضي فاشهب لا يجيزه والاظهر انه جائز
اذ لا فرق بين اوله واخره في العناء واما الحصاد والجداد
فلا خلاف بينهم في جواز المجاعلة فيه على الجزء منه بان يقول

[illegible] بيعه

Copyright © King Saud University

جذ من نخلي ماشيت واحصد من زرعي ماشيت على ان كل من
كل ما تجذ او تحصد جزء كذا الجزء يسميه انتهى ونقله ابن عرفة
في كتاب الجعل قلت مذهب المدونة في لقط الزيتون
الجواز وحكى ابن الحاجب في مسيلة الحصاد قولين وهو خلاف
ما نقل ابن رشد من الاتفاق فرع وعلى جواز الجعل في
اقتضاء الدين بجزء منه قال ابن عرفة لو قال اقتض لي مائة
من فلان ولك نصفها وما اقتضيت من شي فلك نصفه جاز
ولو لم يزد فما اقتضيت من شي فلك نصفه وفي جوازه
قولان لابن القاسم وابن وهب ابن رشد بناء على حمله على
الاجارة او الجعل فرع لو قال ان جيتني بعبدي الابق
فلك خدمته شهرا او عمله كذا كان جعله فاسد الجهل عوضه
قاله ابن عرفة في الكلام على حد الجعل فرع قال عبد الحق من
جعل لمن جا بعبده الابق نصفه فجا به شخص وهلك بيده
قبل ان يدفعه الى ربه فهو جعل فاسد وللمجعول له على الجاعل
قيمة عنايه في ذهابه في طلبه ونصف قيمة عنايه في
رجوعه الى وقت هلاكه وللجاعل على المجعول له قيمة نصف
عبده يوم قبضه ونقله ابن عرفة وقبله وذلك بقبضه
دخل في ضمانه مسيلة سيلت عنها وهي رجل اسكن شخصا
داره على ان اسكنه الاخر داره ورضي كل واحد سكناه
في دار صاحبه عوضا عن سكنى داره والتزم كل واحد منهما
الرضا بذلك مدة حياته فاجبت بان ذلك غير لازم لانه اجارة
فاسدة

فاسدة لكونها الى مدة غير معلومة والله اعلم الثالث
الالتزام هنا مخالف لغيره ايضا في انه لا يبطل بالموت
والفلس لانه معاوضة وينظر في ذلك العمل فان مات
الملتزم قبل ان يشرع الملتزم له في العمل فلا يلزم الورثة
التمادي وان مات بعد ان تم العمل لزم الجعل الملتزم وان
مات في اثنا العمل فلا يخلو اما ان يكون مما لا يتبعض
كطلب الابق وحفر الابار فهذا ليس للورثة ان يمنعوه
من تمامه واما ان يكون مما يتبعض كالحصد واللقط
واقتضا الدين فهذا لا يلزم ورثة الملتزم ان يبقوه على
ذلك الا ان يكون الاقتضا يحتاج الى شخوص من البلد ومات
الملتزم بعد ان شرع الملتزم له في الطلب والشخوص قال
ابن رشد فهذا يجب ان يكون له القيام في اقتضا ما كان
قام فيه ولورثته ان مات يعني الملتزم له القيام مقامه
والله اعلم وهذه المسيلة في سماع اصبغ من كتاب الجعل
والاجارة تنبيه قد تقدم في كلام ابن رشد الخلاف
في مسيلة الخلع وفي مسيلة من قال احلف لي ولك كذا وكذا هل
يفتقر للحوز قبل الموت والفلس ام لا والظاهر من كلامه
ترجيح القول بانه لا يفتقر لذلك والله سبحانه وتعالى اعلم فرع
قال في اخر كتاب الصلح من المدونة وان كان لك عليه الف درهم حالة
فاشهدت له انه ان اعطاك مائة من الالف الحالة الى شهر فباقيها
ساقط عنه وان لم يفعل فالالف كلها لازمة له فذلك جائز ولكما الازم

Copyright © King Saud University

قال ابو الحسن اي ان اتي بالحق كله للوقت فذلك لازم وان مضى
الاجل ولم يات به او بقي منه ماله بال رجع عليه بجميع حقه
وان اتي به للوقت الا درهما او بعد الوقت بيوم فهل يلزمه
ام لا في ذلك اختلاف قال ابن يونس قال ابن حبيب قال مطرف
عن مالك فيمن قال لغريمه ان عجلت لي حقي او الي شهر فلك
وضيعة كذا فيعجله للوقت الا درهما والشي التافه او
بعد الوقت بيوم او مد قريب ان الوضيعة لازمة قال مطرف
كقول مالك في السلم في ضحايا ياتي بها بعد ايام الاضحى بيوم انها
لازمة له وان تباعد ذلك بالايام فهو مخير في قبولها او يردها
وياخذ راس ماله وقال اصبغ في الوضيعة لا تلزمه اذا جاء
بالحق بعد الوقت بيوم او ناقص درهم قال ابن حبيب وقول
مطرف احب الي وقال عيسى في العتبية كقول اصبغ ان
له شرطه ابن يونس جيد لقوله عليه الصلاة والسلام
المسلمون عند شروطهم قال ابن يونس ويدخل هذه الاختلاف
في مسيلة الاضاحي وما ذكره عن عيسى هو في نوازله من
كتاب المديان والتفليس ونصه وسيل عن الرجل يقول
لغريمه وقد حل حقه ان عجلت لي كذا او كذا من حقي فبقيته
عنك موضوع ان عجلته لي نقدا الساعة او الى اجل يسميه
فعجل له نقدا والى اجل الا الدرهم او النصف او اكثر من ذلك
هل تكون الوضيعة لازمة فقال ما ارى الوضيعة تلزمه
اذا لم يعجل له جميع ذلك وارى الذي له الحق على شرطه قال محمد

ابن

ابن رشد هذه مسيلة يتحصل فيها اربعة اقوال احدها
قوله في هذه الرواية وهو قول اصبغ في الواضحة ومثله
في اخر كتاب الصلح من المدونة ان الوضيعة لا تلزمه
الا ان يعجل له جميع ما شرط الي الاجل الذي سمى وهو
اصح الاقوال والثاني ان الوضيعة لازمة له بكل حال ولا
ينتفع صاحب الدين بشرطه وهو قول ابن الماجشون
ونحوه في سماع اشهب من كتاب الضحايا في الذي يسلف
في ضحايا ياتي بها في الاضحى فلا ياتيه بها المسلم اليه الا بعد
ذلك انه يلزمه اخذها ولا خيار له في تركها وما في السلم من
المدونة في السلم ينعقد على تعجيل راس المال ويتاخر
النقد الي حلول الاجل بهروب من المسلم وهو عرض ان السلم
لازم للمسلم اليه لا خيار له فيه والثالث ان الوضيعة
لا تلزمه الا ان يقضي الشي اليسير من شرطه وهو على
ما روي مطرف عن مالك في الذي يسلف في ضحايا على ان
يوتي بها في الاضحى فلا ياتيه بها في الاضحى انه لا يلزمه
الا ان ياتيه بها بقرب الاضحى بعد اليوم واليومين
والرابع انه يلزمه من الوضيعة بقدر ما عجل له من حقه
وهذا ياتي على ما في سماع عيسى من كتاب الصدقات
والهبات انتهى واقتصر في مفيد الحكام على قول عيسى
الذي صححه ابن رشد والله اعلم تنبيه هذا كله
اذا كان الحق حالا او حل اجله واما اذا كان موجلا ولم يحل الاجل

Copyright © King Saud University

فلا يجوز ان يضع له بعض الحق علي ان يعجله لانه يدخله ضع
وتعجل فان وقع ذلك فالحق باق الي اجله وله ان ياخذ ما عجله
والله اعلم مسيلة قال في معين الحكام لا يجوز بيع الثنيا وهو
ان يقول ابيعك هذا الملك او هذه السلعة علي اني ان اتيتك
بالثمن الي مدة كذا او متي اتيتك به فالبيع مصروف علي
ويفسخ ما لم يفت بيد المبتاع فتلزمه القيمة يوم قبضه
وفوت الاصول لا يكون الا بالبنا والهدم والغرس ونحو ذلك
هذا هو المشهور من المذهب انتهى واصل هذه المسيلة في كتاب
بيوع الاجال من المدونة قال فيه ومن ابتاع سلعة علي ان
البايع متي ما رد الثمن فالسلعة له لم يجز لانه بيع وسلف
قال سحنون بل سلف جر منفعة قال ابو الحسن الصغير
معنى قوله في المدونة بيع وسلف انه تارة يكون بيعا وتارة
يكون سلفا لا انه يكون له حكم البيع والسلف في الفوات بل
فيه القيمة ما بلغت اذا فاتت السلعة انتهى فرع
قال الرجراجي واختلف اذا اسقط مشترط الثنيا شرطه هل
يجوز البيع ام لا علي قولين احدهما ان البيع باطل والشرط باطل
وهو المشهور والثاني ان البيع جايز اذا اسقط شرطه وهو
قول في كتاب محمد وقال محمد يريد اذا رضي المشتري وقال الشيخ
ابو محمد وقد فسخا الاول انتهى وقال ابو الحسن اختلف اذا نزل
هل يتلافى بالصحة كالبيع الفاسد ام لا علي قولين انتهى ويعني
بقوله يتلافى اي يسقط الشرط كما تقدم وقال في سماع اشهب

و[...] علي بيع الثنيا

من

من جامع البيوع وسيل مالك عمن باع اصل حايطه
من رجل علي انه متي جاه بالثمن كان احق بحايطه وكان
اليه رد افاقام في يد المشتري ست سنين يستغله
فجاه بالثمن فرده عليه واخذ حايطه وطلب مشتري
الحايط ما انفق في الحايط قال مالك اصل هذا البيع لم
يكن جايزا ولا حسنا واري للمشتري ما اكل من الثمرة
بالضمان واري له علي رب الحايط ما انفق في بنيان جدار
او حفر بير قال محمد بن رشد هذا البيع يسمونه بيع
الثنيا واختلف فيه فقيل انه بيع فاسد لما شرط البايع
علي المبتاع من انه احق به متي جاه بالثمن لانه يصير كانه
بيع وسلف وهو قول مالك هنا وفي بيوع الاجال
من المدونة فان وقع فسخ ما لم يفت بما يفوت به البيع
الفاسد وكانت الغلة للمبتاع بالضمان فان فات صح بالقيمة
والحايط لا يفوت في البيع الفاسد بالبنا اليسير فلذلك
قال انه يقوم علي رب الحايط اذا رد عليه بما انفق المبتاع
في بنيان جدار او حفر بير وقد قيل قيمة ما انفق وليس
ذلك باختلاف قول وانما المعنى انه اذا كانت نفقته بالسداد
رجع بما انفق وان كانت بغير سداد رجع بقيمة ذلك علي
السداد وقد قيل فيه انه ليس ببيع وانما هو سلف جر
منفعة قال ذلك سحنون في المدونة وهو قول ابن الماجشون
وغيره لانه كان المبتاع اسلف البايع الثمن علي ان يغتل حايطه

Copyright © King Saud University

حتى يرد اليه سلفه فعلى هذا القول يرد الغلة للبايع لانها
ثمن السلف فهي عليه حرام انتهى تنبيه الاكثر على
ان بيع الثنيا هو ما تقدم وقال بن رشد في المقدمات ان
بيوع الشروط كلها تسمى بيع الثنيا وقال بن عرفة عمم
ابن رشد لفظ بيع الثنيا في بياعات الشروط وخصصه
الاكثر بمعنى قولها في بيوع الاجال من ابتاع سلعة
على ان البايع متى رد الثمن فالسلعة له لم يجز والله اعلم
فرع قال في معين الحكام والبنا والغرس في ذلك
على ثلاثة اوجه ان كان في وجه الربع ومعظمه فذلك
فوت وان كان في اقله واتفهه فليس بفوت
ويرد الجميع وان كان في ناحية منه ولها قدر فاتت
الناحية بقيمتها ويرد الباقي انتهى وقوله الربع بفتح
الرا وسكون البا اي العقار وقد بين ابن رشد قدر الناحية
التي تفوت بالغرس في نوازل اصبغ من جامع البيوع
وانها الربع او الثلث والله اعلم فرع قال في معين الحكام
وللمبتاع ما اغتل في الملك قبل الفسخ الا ان يكون في الاصول
ثمر مابور واشترطه المبتاع فانه يرده مع الاصول
ان كان حاضرا او مكيلته ان علمها وجده يابسا والقيمة
ان جهلت المكيلة او جده رطبا انتهى وقال الرجراجي
اختلف في بيوع الثنيا هل هو بيع او رهن على قولين
فاين الخلاف في ذلك الغلة فمن راى انه بيع قال لا يرد

الغلة

الغلة وقد قال مالك في العتبية الغلة للمشتري بالضمان
فجعله بيعا وانه ضامن والغلة له ومن راى انه رهن
قال يرد الغلة وانه في الضمان للبايع في كل عيب نقص
يطرا عليه من غير سبب المشتري وما كان من سبب
المشتري فهو ضامن له وحكمه حكم الرهان في ساير احكامها
فيما يغاب عليه انتهى وقال بن سلمون قال بن عبد الغفور
قد قيل ان بيع الثنيا فاسد مردود ابدا فات او لم يفت
لانه حرام وهو باب من ابواب الربا ترد فيه البياعات
والصدقات والاحباس فان وقع الى اجل كان فيه الكرا
لانه كالرهن وان وقع الى غير اجل فلا كرا فيه والذي
عليه اكثر العلما وهو مذهب مالك وابن القاسم انه لا كرا فيه
كان الى اجل او الى غير اجل لانه بيع فاسد عندهم وبذلك
العمل انتهى فرع قال في المتيطية وان علم ان اصل
الشرا كان رهنا وانما عقد فيه البيع تسقط الحيازة فيه
وثبت ذلك باقرارهما عند الشهود حين الصفقة او
بعدها وقبض المبتاع الملك واغتله ثم عثر على فساده
فانه يفسخ ويرد الاصل مع الغلة الى صاحبه ويسترجع
المبتاع ثمنه انتهى قلت ومثله بل احرى منه
ما اذا علم ان قصد المتبايعين انما هو السلف بزيادة
وتحيلا ببيع الثنيا على ذلك من غير قصد الى البيع وثبت
ذلك باقرارهما كما قال حين الصفقة او بعده وهذا ظاهر

Copyright © King Saud University

وهذا كله اذا قبض المشتري المبيع واستغله اما بكرا او سكنى
واما ما يقع في عصرنا هذا وهو مما عمت به الفتوى وذلك ان
الشخص يبيع الدار مثلا بالف دينار وهي تساوي اربعة الاف
او خمسة ويشترط على المشترى انه متى جاءه بالثمن ردها اليه
ثم يوجرها المشترى لبايعها بماية دينار في كل سنة قبل ان
يقبضها المشترى وقبل ان يخليها البايع من امتعته بل يستمر
البايع على سكناها ان كانت محل سكناه او على وضع يده عليها
واجارتها وياخذ منه المشتري الاجرة المسماة في كل سنة فهذا
لا يجوز بلا خلاف لان هذا صريح الربا ولا عبرة بالعقد الذي
عقداه في الظاهر لانه انما حكم بالغلة للمشتري في البيع الفاسد
لانتقال الضمان اليه والخراج بالضمان وهنا لم ينتقل الضمان
لبقاء المبيع تحت يد بايعه فلا يحكم له بالغلة بل لو قبض
المشتري المبيع وتسلمه بعد ان خلاه البايع وقد وقع
البيع على الوجه المتقدم لم يجز لان ما خرج من اليد وعاد اليها
لغو كما هو مقرر في بيوع الاجال وال الحال الى صريح الربا
وهذا اواضح لمن تدبره والله اعلم وقد قال البرزلي لما تكلم على
بيع الثنيا وفي المجالس اذا لم يقبضه المبتاع وتركه عند
البايع فهو كالرهن اذا لم يقبض فهو اسوة الغرما واذا قبض
واقر بذلك فسخ وبيع في الحق ان لم يكن معه ما يودي اليه وهو
قول شيوخ الفتوى عندهم انتهى بل سمعت سيدي
الوالد رحمه الله يحكي عن بعض من عاصره من المفتيين انه لا يحكم
للمشتري

للمشتري بالغلة في البيع الفاسد الا اذا كان جاهلا بفساده حال
العقد واما ان كان عالما بذلك وتعمده فلا غلة له ولم اقف على
ذلك منصوصا وظاهر اطلاقاتهم انه لا فرق بين العالم والجاهل
بل قال ابن سلمون في احكامه والبيوع الفاسدة حكم الجاهل فيها
حكم العامد في جميع الوجوه ذكره فيما لا يعذر فيه بالجهل وذكره
في التوضيح ايضا في باب النكاح في المسايل التي لا يعذر فيها
بالجهل وهو وان كان المقصود منه عكس مسئلتنا وانه
لا يعذر الجاهل فيها بسبب جهله فيفهم منه انهما سوا
والا لقال حكم الجاهل فيها حكم العامد الا في كذا وكذا فتامله
والله اعلم مسئله قال في معين الحكام ويجوز للمشترى
ان يتطوع للبايع بعد العقد بانه ان جاءه بالثمن الى اجل كذا
فالمبيع له ويلزم المشترى متى جاءه بالثمن في خلال الاجل
او عندانقضائه او بعده على القرب منه ولا يكون للمشتري
تفويته في خلال الاجل فان فعل ببيع او هبة او شبه ذلك
نقض ان اراده البايع ورده اليه وان لم يات بالثمن الا بعد
انقضاء الاجل فلا سبيل له اليه وان لم يضرب لذلك اجلا
فللبايع اخذه متى جاءه بالثمن في قرب الزمان او بعده ما لم
يفوته المبتاع فان فوته فلا سبيل له اليه فان قام عليه حين
اراد التفويت فله منعه بالسلطان اذا كان ماله حاضرا فان
باعه بعد منع السلطان له رد البيع وان باعه قبل ان يمنعه
السلطان نفذ بيعه انتهى وهو مختصر من كلام المتيطية ونحوه

في تطوع المشتري للبايع

لابن سلمون وزاد بعد قوله في الموقتة ان جاه بالثمن في الاجل او
ما قرب منه والقرب في ذلك اليوم ونحوه واصل المسيلة
في نوازل اصبغ من جامع البيوع ونقلها ابن عرفة باختصار
فقال الطوع اي بالثنيا بعد تمام العقد وقبض عوضه
دون توطئه ولا مواعدة ولا مراوضة موقته ومطلقة
حلال في كل شي سوى الفروج الا ان يجعله في الجارية الى
استبرائها انتهى ولفظ نوازل اصبغ فذلك جايز حلال
لا باس به لازم في كل شي من السلع والحيوان ما عدا الفروج
فلا يجوز فيها الشرط الذي جعل له الا ان يجعل ذلك في
الجارية الى استبرائها ونحوه مما لا سبيل له فيه الي الوطي
فيجوزه وما كان علي غير ذلك فاري ان يبطل الا ان يدركها
بحرارتها علي نحو هذا من الامور التي لم يخلو عليها المشتري
ولم يمكن فينفذ له ايضا والا فلا واما اهمالهم في السلع غير
الفروج هذا الشرط بلا وقت فذلك لازم ما ادركها في يده فان
خرجت سقط وان وقتها فليس له ان يخرجها ولا يحدث
فيها شيا يقطع ذلك ما بينه وبين الوقت الذي جعله علي نفسه
ابن رشد هذا بين علي ما قال ان العقد اذا سلم من الشرط
وكان امرا طاع به بعده علي غير راي ولا مواطاة فذلك جايز
لانه معروف اوجبه علي نفسه والمعروف عند مالك لازم
لمن اوجبه علي نفسه ما عدا الجارية الوطي اذ لا يجوز للرجل ان
يطا جارية قد اوجب علي نفسه فيها شرطا لغيره وما عدا
جواري

جواري الوطي فذلك جايز فان كان له اجل لزم اليه ولم يكن
للمشتري ان يفوته قبل الاجل وان لم يكن له اجل فذلك
لازم ما لم يفوته بريد الان يفوته بفور ذلك مما يري انه
اراد به قطع ما اوجبه علي نفسه انتهى فرع قال بن
عرفة عن بن فتوح ان ادعي احدهما في الثنيا المتعقدة بالطوع
انها كانت شرطا في العقد حلف الاخر علي نفيه لما عرف بين
الناس من العقد في الظاهر بخلاف الباطن ولا يسقط حلفه
الا ببينة حضرت ابتياعه علي الصحة ابن عرفة ظاهر
قوله حضرت البينة ابتياعهما ان مجرد ذكره في وثيقة
التبايع لا يسقط هذه اليمين وظاهر قول المتيطي ان ذكره
في الوثيقة يسقطها والصواب الاول ونحوه حكاه في
مسلة دعوي الرهن انتهى ونحوه في معين الحكام وقال
ابن سلمون فان ادعي احدهما ان ذلك كان شرطا في نفس البيع
والاخر انه كان طوعا ففي وثايق ابن العطار القول قول
مدعي الطوع مع يمينه وقيل لا يمين عليه مع البينة التي
قامت له بالطوع وقال سحنون ان كان متهما بمثل هذا فعليه
اليمين والا فلا وفي كتاب الاستغنا قال المشاور من ادعي
منهما ان ذلك كان شرطا في نفس الصفقة حلف وفسخ البيع
لما جري من عرف الناس وبذلك الفتوى عندنا انتهى فرع
قال ابن عرفة ولو ادعي البايع فيما تطوع به عقده بالثنيا
ان المبيع رهن تحيل بطوع الثنيا لاسقاط حوزه ففي وجوب

Copyright © King Saud University

حلف المبتاع فان نكل حلف البايع وثبت قوله وسقوطه
ببينة العقد ثالثها ان كان متهما بذلك ورابعها ان كان
من اهل العينة والعمل بمثل هذا فالقول قول البايع مع
يمينه والا حلف المبتاع القول الاول للمتيطي عن ابن كنانة
قائلا هو قول العلما الماضين مع يحيى بن اسحاق قائلا هو
قول مالك واصحابه والقول الثاني حكاه المتيطي عن غير
واحد من الموثقين والعمل به والثالث قول يحيى ابن عبد العزيز
مع عبيد الله بن يحيي وحسين بن محمد بن اصبغ والرابع
قول ابن ايمن مع ايوب بن سليمان وعزي بن غازي
الثالث لسحنون وغيره قال ابن عرفة ويقع في بلدنا هذه
الدعوى فيما عقد دون طوع بعده بالثنيا وهي اضعف
مما تقدم فيجري فيها غير الرابع انتهى فرع قال في
التوضيح لما تكلم علي بيع الخيار وانه يورث اقام ابو محمد
صالح علي ما نقله عنه ابو الحسن من قوله في المدونة ان
الخيار يورث ان الثنيا اي الجائزة تورث اذا مات المتطوع
بها واختلف اذا مات المشتري الذي تطوع بالثنيا هل
يلزم ذلك ورثته وهو قول ابي ابراهيم او لا يلزم ورثته
وهو قول ابي الفضل راشد واختاره ابو الحسن واحتج
ابو ابراهيم بما نقله ابن يونس عن الموازية في الذي يقول
لجاريته ان جيتني بالف درهم فانت حرة فمات ان العتق
يلزم ورثته ان جاتهم بالالف ابو الحسن ولا حجة فيه لان

الثنيا الجائزة تورث

هذه

هذه قطاعة وهي من ناحية الكتابة وهي لازمة وفي المستخرجة
ان العتق لا يلزمهم وذكر ابن الهندي فيمن باع سلعة الى
اجل علي ان يبقي الدين الي اجله وان فلس المطلوب او مات
فمات المطلوب ثم مات الطالب بعده ان ورثة الطالب
لا يلزمهم التاخير وهو بين علي ان الثنيا لا تلزم ورثة
المشتري انتهى وقال ابن عرفة ابن عات عن ابن فليد من
مات وقال بعد وجوبه اي البيع متى جيتني بالثمن
فهو مردود عليك لزم ذلك ورثته اذا اعطوا الثمن
ومن الاستغنا ان كان هذا الطوع يجري مجري الهبة
فهي هبة لم تحز فتامل قول ابن فليد وقد يكون من
باب العدة انتهي قلت ولم يحك غير كلام ابن فليد
وما قاله ابو الفضل راشد ورجحه ابو الحسن هو الظاهر
وقد صرح ابن رشد بان الثنيا اذا كانت علي الطوع
فهي من المعروف والمعروف يبطل بالموت والفلس فتامله
تنبيه قال ابن عرفة لما تكلم علي بيع الثنيا في الكلام
علي البيوع المنهي عنها وذكر النهي عن بيع وشرط قلت
لا اعلم مستندا لاقوال الشيوخ بصحة الطوع بالثنيا بعد
العقد الا ما في نوازل اصبغ وفيه لمن انصف نظر لان
التزامها ان عد من جهة المبتاع عقدا بتا فهو من جهة
البايع خيار فيجب تاجيله لقولها من اشتري سلعة من
رجل ثم جعل احدهما لصاحبه الخيار بعد تمام البيع لزمهما

Copyright © King Saud University

اذ اكان يجوز في مثله الخيار وهو بيع مونتف كبيع المشترى
لها من غير البايع مع قولها من ابتاع شيا بالخيار ولم يضرب
له امد احاز وضرب له من الامد ما ينبغي في مثل تلك السلعة
انتهى قلت الظاهر انه ليس هذا هنا عقد بيع وانما هذا
معروف اوجبه علي نفسه والله اعلم فرع قال في رسم
ان خرجت من سماع ابن القاسم من كتاب الهبات في امراة
قالت لزوجها ان حملتني الي اختي فمهري صدقة عليك فبدا
له ان يحملها فخرجت الي اختها من غير اذنه ان كانت خرجت
مبادرة لتقطع ما جعلت له فلا شي عليه من المهر وان كان
امتنع من الخروج بها ثم بدا له فترجع عليه بما وضعت
له قال ابن رشد كان الشيوخ يحملون هذه المسيلة علي
الخلاف لما في اول رسم من سماع اصبغ في التي وضعت
مهرها لزوجها علي ان يحجها ان ذلك حرام لانه الدين بالدين
والصواب انها ليست بخلاف وانها ان وضعت
له صداقها علي ان يحجها من ماله فذلك لا يجوز للدين
بالدين وكذلك ان تصدقت عليه بمهرها علي ان يحملها الي
اختها من ماله فالمعنى في هذه المسيلة انها وضعت
له الصداق علي ان يخرج معها ولا تسافر مفردة لا علي
ان يحملها من ماله او ينفق من ماله عليها في شي من سفرها
سوى النفقة الواجبة عليه في مقامها فاذا احملت
المسيلة علي هذا صحت وكانت موافقة للاصول ولعلها
لم

لم يكن لها ذو محرم يخرج معها فكانها انما بذلت له الصداق
علي دفع الحرج عنها الخروجه معها وتقدم في سماع عيسى
من كتاب الحج القول علي وضعها الصداق علي ان ياذن لها
في الخروج للحج انتهى ونص في سماع اصبغ من كتاب السلم
قال اصبغ سالت ابن القاسم عن المراة تضع عن زوجها
مهرها علي ان يحجها قال هذا حرام لا يحل لانه الدين بالدين
وقاله اصبغ قال محمد بن رشد هذا بين علي قول من
قال انه فسخ الدين في الدين لانها فسخت ما لها عليه من
المهر في شي لم تتنجزه من احجاجه اياها من ماله اما
بالشرا واما بالكرا والقيام بكل ما تحتاج اليه ذاهبة
وراجعة وقد وقع في رسم ان خرجت من سماع عيسى
من كتاب الهبات والصدقات مسيلة معارضة
لهذه في الظاهر كان الشيوخ يحملونها علي انها خلاف لها
ومثل هذا لا يصح ان يختلف فيه فالواجب ان يتاول
علي ما يوافق الاصول ثم ذكر نص المسيلة السابقة ثم
تاولها بما تقدم في كلامه النوع السادس الالتزام
المعلق علي الفعل الذى فيه منفعة للملتزم له بفتح الزاي
كقوله لشخص ان بنيت بيتك او ان تزوجت فلك
كذا وحكمه حكم الالتزام المعلق علي غير فعل الملتزم
والملتزم له فهو لازم اذا وقع المعلق عليه كما سياتي
الا انهم لاحظوا في هذا كونه في معنى العوض عن تلك المنفعة

Copyright © King Saud University

فجعلوه لازما لا يفتقر الى حيازة كما تقدم في كلام ابن رشد في
التنبيه الاول من النوع الرابع وكما سياتي في كلامه الآن قال
رسم الكرا والاقضية من سماع اصبغ من كتاب الصدقات
والهبات وسالت ابن القاسم عن الرجل يقول لابنه اصلح
نفسك وتعلم القران ولك قريتي فلانة فيصلح نفسه
باذن الله ويتعلم القران ثم يموت ابوه وهو لم يبلغ الحوز
والمنزل في بيت ابيه هل ترى الصدقة له جايزة قال لا اذا
كان انما هو قول هكذا الا ان يعرف تحقيق ذلك باشهاد يشهد
له على ذلك ان يقول لقوم اشهدوا انه ان قرا القران فقد
وهبته او تصدقت عليه بعبدي او قريتي فيكون ذلك
جايزا له اذا كان صغيرا في ولاية ابيه ويكون ذلك جوزا له
فاما اذا لم يكن الامر على هذا فاني اخاف ان يكون ذلك منه
على وجه التحريض فلا ارى ذلك للابن الا على وجه التحريض
قول كما وصفت لك من الاشهاد قال محمد بن رشد فهم من قوله
ولك قريتي فلانة تمليكه اياها باصلاحه لنفسه وتعلمه
القران وليس بنص على ذلك الا ترى ان اهل العلم قد اختلفوا
في العبد هل يملك او لا يملك مع اضافة النبي صلى الله عليه وسلم
المال بهذه اللام التي يسمونها لام الملك فقال من باع
عبدا وله مال فماله للبايع الا ان يشترطه المبتاع
وقال انت ومالك لابيك فلم يكن هو وماله ملكا لابيه فلما
فلما احتمل ان يريد بقوله قريتي فلانة ويسكنها او يرتفق

بمرافقها

بمرافقها او ينفذ امرك فيها وما اشبه ذلك لم ير ابن القاسم
ان ينتقل ملكه عنها الا بتعيين وهو ان يقول اشهدكم
انه اذا فعل ذلك فقد تصدقت عليه بها او وهبتها له وما
اشبه ذلك فتجوز له الهبة وتصح له بحيازته اذا كان
صغيرا في ولاية ابيه ولم يجعل له ما وجب له القربة به
من اصلاحه نفسه وتعلمه القران عوضا لها فتمضي له
دون حيازة وفي ذلك اختلاف ثم ذكر مسئلة من
اعطى زوجته النصرانية داره على ان تسلم وقد تقدم كلامه
فيها ثم ذكر عن عبد العزيز ابن ابي حازم في رجل قال لابنه
ان تزوجت فلك جاريتي فلانة هل يلزمه ذلك قال نعم
اذا تزوج فهي له فان مات الاب اخذها من راس المال
قال بن ابي حازم وان كان على الاب دين حاصص
الغرما بذلك قال عيسى قال بن القاسم هي له دون
الغرما ان فلس او مات اخذها من راس المال ولم يكن لاهل
الدين فيها شي قال بن القاسم ولو قال لك مائة دينار ان
تزوجت كان هو والغرما سوا في الفلس والموت لانه
ليس شي بعينه وقول بن القاسم انه يكون احق بالجارية
من الغرما ولا يحاصصهم بالدين هو الصحيح لا ما قاله
ابن ابي حازم ومعناه اذا وهبت له الهبة بالتزويج قبل
ان يتدين الاب وبالله التوفيق فرع ومن هذا
النوع ايضا المسيلة المتقدمة في اول الباب الاول

Copyright © King Saud University

مسألة اذا قال البايع للمشتري بع السلعة ولا نقصان عليك

فيما اذا قال البايع للمشتري بع السلعة التي اشتريتها مني
ولا نقصان عليك فكانه قال ان بعتها باقل مما اشتريتها
به مني فالنقصان علي وهذه المسيلة في رسم القضا من
سماع اصبغ من كتاب البيوع وفي اخر سماع اشهب من
كتاب العارية وفي سماع عيسى من كتاب العدة وتحصيل
كلام ابن رشد فيها انه لا يخلو اما ان يبيع السلعة على ذلك
او يقول ذلك بعد تمام البيع فاما ان باع السلعة على ذلك
فقال ابن رشد في سماع عيسى من كتاب العدة اتفق مالك
واصحابه فيما علمت على انه لا يجوز ان يبيع الرجل سلعته
او جاريته من الرجل بثمن يسميه له على انه لا نقصان
عليه فان وقع وعثر على ذلك قبل ان يفوت بوجه من
وجوه الفوات فسخ وان لم يعثر عليه حتى فات بالبيع
او حوالة سوق او موت فاختلف هل يحكم في ذلك بحكم
البيع الفاسد او بحكم الاجارة الفاسدة فقيل انه يحكم
في ذلك بحكم البيع الفاسد فيصحح البيع في ذلك كله
بالقيمة يوم القبض وهذا احد قولي مالك واحد قولي
عبد العزيز ابن ابي سلمة وقيل انه يحكم في ذلك كله بحكم
الاجارة الفاسدة لانه كانه استاجره على بيعها فما كان
فيها من ربح على الثمن الذي سماه له فيكون المصيبة
فيها من البايع ان كانت وترد اليه ان كانت فاتت بحوالة
اسواق او عيب من العيوب المفسدة ويكون له الثمن الذي

بيعت

بيعت به ان فاتت بالبيع كان اقل من الثمن الذي سماه له
او اكثر ويكون للمبتاع اجرة مثله في بيعه اياها وهذا هو
قول مالك في هذه الرواية وقوله في موطايه وقول عبد العزيز
ابن ابي سلمة في الواضحة واما ان يعثر على ذلك حتى فوتها
المبتاع بهبة او صدقة او عتق ان كان عبدا او حمل
ان كانت امة واختلف في ذلك على القول بانها اجارة فاسدة
فقيل انما يكون على المبتاع في ذلك القيمة يوم الهبة او
الصدقة او العتق او الاحبال مراعاة لقول من يقول
انه بيع فاسد وبراها في ضمانه بالقبض وهو قول
مالك في هذه الرواية وقيل انها اي السلعة تكون عليه
بالثمن الذي اشتراها به لان ذلك رضى منه بالثمن
وهو قول ابن القاسم من رواية اصبغ عنه في هذه الرواية
واما على القول بانه بيع فاسد فتكون عليه القيمة في
ذلك يوم القبض على حكم البيع الفاسد قولا واحدا واختلف
في هذه المسئلة ايضا قول ابن القاسم لان ابن حبيب
حكى عنه انه بيع فاسد لا اجارة فاسدة مثل قول مالك
الذي رجع اليه خلاف قوله في هذه الرواية وفي موطايه
انتهى وقبل الباجي قول مالك في الموطا ولم يذكر في المسيلة
خلافا ويظهر من كلام ابن رشد ترجيح القول بانه
بيع فاسد لانه جعله القول الذي رجع اليه مالك
فتامله فرع فان وقع البيع على عتقه فوجد المشتري

فتامله

اذا قال له البايع بع ولا وضيعة عليك

المبيع علي خلاف الصفة فاراد رده فقال له البايع بع
ولا وضيعة عليك فهو بمنزلة ما اذا وقع البيع علي
ذلك قال في سماع عيسي من كتاب العدة فيمن اشترى
طعاما بعينه فلما ذهب يقبضه وجده مسوسا
فسخطه فقال له البايع بع ولا وضيعة عليك فحمله في
سفينة فغرقت قال ابن القاسم مصيبته من البايع
لان البيع الاول لم يكن شيا وانما هو بيع حادث
فضمانه من البايع ويعطي المشترى اجرته فيما حمله
وشخص به قال ابن رشد هذا صحيح علي القول بان
البيع علي ان لا نقصان علي المشترى بشرط في اصل
العقد اجارة فاسدة تكون المصيبة فيها من البايع
وللمبتاع اجرة مثله لانه لما وجد الطعام مسوسا
وجب نقض البيع وقوله له بعد وجوب البيع لما
وجب رده بسبب الغش بع ولا نقصان عليك
بمنزلة قوله ذلك له في اصل العقد لانه الان بيع مبتدا
انتهى قلت وعلي القول بانه بيع فاسد فيكون
ضمانه من المشترى ويلزمه مثله والله اعلم فرع
واما اذا قال له بعد البيع بع ولا نقصان عليك فقال
مالك في سماع اشهب من كتاب العارية ان ذلك لازم له
قال ابن رشد وهذا كما قال انه يلزمه لان معنى قوله
بع ولا نقصان عليك اي والنقصان علي فهو امر قد اوجبه

فرع واما اذا قال له بعد البيع بع ولا نقصان عليك

علي

علي نفسه والمعروف علي مذهب مالك وجميع اصحابه
لازم لمن اوجبه علي نفسه يحكم به عليه ما لم يمت او
يفلس وسوا قال له ذلك قبل ان ينتقد او بعد ما انتقد
الا ان يقول له قبل ان ينتقد انقدني وبع ولا نقصان
عليك فلا يجوز ذلك لانه يدخله بيع وسلف قال في سماع
عيسي من كتاب العدة انه لا خير في ذلك لانه يكون فيه
عيوب وخصومات انتهى ونحوه في رسم القضا من
سماع اصبغ من جامع البيوع وكلام ابن رشد هذا
صريح في انه اذا قبض البايع الثمن جاز له ان يقول
للمشتري بع والنقصان علي وقال في سماع عيسي من
كتاب العدة مسيلة قلت فالرجل يشترى من الرجل
طعاما بنقد او الي اجل فاستغلاه فقال للبايع اقلني
فقال بع ولا نقصان عليك ثم قال له بع عشرة اراد ب
فما نقص لك منها وضعت لك من كل عشرة بحساب ذلك
وكان اشترى منه مائة اردب بثلاثين دينار فباع
فباع العشرة بدينارين فوضع عنه عشرة دنانير
فقال هذا لا باس به وسوا كان نقدا او الي اجل قبض
الثمن او لم يقبضه قال ابن رشد قوله يشتري طعاما
نقدا او الي اجل معناه يشترى من الرجل طعاما بثمن
نقدا وبثمن الي اجل وقوله في اخر المسيلة انه لا باس
به وسوا قبض الثمن او لم يقبض كلام فيه نظر

Copyright © King Saud University

اما اذا لم يقبض البايع الثمن فوضع عن المبتاع منه
العشرة التي انتقص في الطعام فلا اشكال في ان ذلك
جايز لانه يصير له عليه ما بقي منه بعد الوضيعة واما
ان كان قد قبض ثمن الطعام منه وغاب عليه ثم رد
اليه منه ما انتقص في ثمن الطعام فهذا لا يجوز ويدخله
البيع والسلف لان ما رد اليه من الثمن يكون سلفا وما بقي
منه يكون ثمنا للطعام فيتهمان على القصد الي ذلك والعمل
عليه كانا من اهل العينة او لم يكونا اذا كان الثمن الي اجل
وان كان الثمن نقدا فلا يتهمان في ذلك الا ان يكونا من اهل
العينة وهذا فيما يوجبه الحكم بالمنع من الذرايع فان طلب
المبتاع الوضيعة لم يحكم له بها في الموضع الذي يتهمان
فيه على انهما قصدا الي البيع والسلف وان لم يعثر
على ذلك حتى قبض المبتاع العشرة فيتخرج ذلك علي
القولين احدهما انه يرد العشرة ولا يفسخ البيع والثاني
انه يفسخ البيع ولا شي عليهما في ذلك فيما بينهما وبين الله
تعالى ان كانا لم يعملا علي ذلك ولا قصدا اليه انتهى
فتحصل من كلام ابن رشد انه ان كان البايع لم يقبض
الثمن فيجوز ان يقول للمبتاع بع ولا نقصان عليك الا
ان يقول له انقدني الان الثمن ثم بع ومهما نقص اعطيك
بدله فلا يجوز ذلك لانه بيع وسلف واما ان كان البايع
قد قبض الثمن فان كان البيع قد وقع الي اجل ثم قبض
الثمن

16

الثمن ثم قال المبتاع بع ولا نقصان عليك فلا يجوز ذلك
لانه بيع وسلف اما ان كان البايع لا يتهمان ان يكونا
قصدا الي البيع والسلف ويفهم من كلام ابن رشد انه لا يحكم
بالوضيعة لاجل التهمة واما فيما بينهما وبين الله تعالي
فلا شي عليهما ان كانا لم يقصدا البيع والسلف وان كان
البيع وقع نقدا ثم قال البايع للمبتاع بع ولا نقصان عليك
فيجوز ذلك ويحكم به ولا يتهمان علي البيع والسلف الا ان
يكونا من اهل العينة فانهما يتهمان علي ذلك فيقيد كلامه
بكلامه وفهم من كلامه الثاني حكمهما اذا قال البايع للمشتري
بعد البيع وقبل قبض الثمن انقدني الثمن وبع ولا نقصان
عليك وفعل ذلك ونقده ثم باع بنقصان وهو انه لا رجوع
له علي البايع بالنقصان لان هذه المسيلة بيع وسلف
فرع قال ابن رشد اثر الكلام السابق فان باع بنقصان
لزمه ان يرد عليه النقصان ان كان انتقد وان لا ياخذ
منه اكثر مما باع به ان كان لم ينتقد وهذا اذا لم يغبن
في البيع غبنا بينا وباع بالقرب ولم يوخر حتى تحول
الاسواق فان اخر حتى حال الاسواق فلا شي له لانه
فرط انتهى فرع قال اشهب في السماع المذكور
وسمعت مالكا يسال عن المبتاع يقال له بع ولا وضيعة
عليك ثم يقول وضعت كذا وكذا ايصدق قال اذا جا بما
يشبه قال ابن رشد في شرحه القول قوله مع يمينه

فيه ويقال بع ولا
وضيعة عليك

Copyright © King Saud University

في النقصان اذا اتى بما يشبه كما قال لانه ايتمنه فوجب ان
يصدق الا ان ياتي بما يستنكر **فرع** ثم قال في البيان
واختلف اذا كان عبدا فابق او مات فقيل انه لا شي له
وقيل انه موضوع عنه **و**هو اختيار ابن القاسم في سماع
عيسى من كتاب العدة **قال** فيه **و**اما ان كان ثوبا او ما يغاب
عليه فلا يصدق في تلفه الا ببينة **و**لا يحل للمشتري
ان يطاها ان كانت امة اذا رضي بالشرط وقبله قاله
ابن القاسم فان وطئ لزمته الجارية بجميع الثمن **و**لا يعدا
على البايع بشي لانه لما وطي فقد ترك ما جعل له **النوع
السابع** الالتزام المعلق على الفعل الذي فيه منفعة
لغير الملتزم **و**للملتزم له كقولك ان وهبت عبدك لفلان
فلك عندي كذا او ان اسكنته دارك سنة فلك عندي
كذا او ان جيت لفلان بعبده فلك عندي كذا **و**هو كالنوع
الخامس فهو اما من باب هبة الثواب او من باب الاجارة
او من باب الجعل فيشترط في كل نوع شروطه كما تقدم
في النوع الخامس **و**لذلك اجازوا ان يقول ان اعتقت عبدك
فلك عندي كذا او خذ كذا او اعتق عبدك وقالوا انه
لازم لانه بيع بشرط العتق وهو جايز بخلاف خذ مائة ودبر
عبدك او اتخذ امتك ام ولد فانه لا يجوز فان وقع لزمه
التدبير ويرد المال كما سياتي في الفعل الثاني من الخاتمة
تنبيه من هذا الباب ما اذا بذل شخص لرجل مالا

على انه يطلق ذلك الرجل زوجته او التزم له بمال ان فعل
ذلك فانه يلزمه بذلك المال ويقع الطلاق باينا كما صرح
بذلك في باب الخلع **و**لذلك شرطوا في جواز ذلك ان لا يكون
القصد بذلك اضرار المراة باسقاط نفقة العدة **قال** ابن عبد السلام
ينبغي ان يقيد المذهب بما اذا كان الغرض من التزام الاجنبي
للزوج حصول مصلحة او درء مفسدة ترجع الى ذلك
الاجنبي مما لا يقصد به اضرار المراة اما ما يفعله اهل
هذا الزمان في بلدنا من التزام اجنبي ذلك **و**ليس قصده
الا اسقاط النفقة الواجبة في العدة للمطلقة على مطلقها
فلا ينبغي ان يختلف في المنع منه ابتدا **و**في انتفاع المطلق
به بعد وقوعه نظر انتهى **و**نقله في التوضيح **و**الشامل
وقال ابن عرفة باذل الخلع من صح معروفه والمذهب
صحته من غير الزوجة مستقلا **قلت** ما لم يظهر قصده
ضررها باسقاط نفقة فينبغي رده كشرا ابن العدو
وفيها من قال لرجل طلق امراتك ولك علي الف درهم ففعل
لزم ذلك الرجل انتهى **قلت** وقول ابن عبد السلام يرجع
الى ذلك الاجنبي ليس بشرط بل القصد ان يكون للاضرار
بالزوجة سوا كان لمصلحة تعود الى الزوجة فيكون من
هذا النوع او تعود الى الزوج فتكون من النوع السادس
او يعود الى الاجنبي الملتزم فيكون من النوع الخامس **و**اما
ان لم يقصد به الا نفقة العدة فلا يجوز ذلك ابتدا فان وقع

Copyright King Saud University

فمقتضي قول ابن عرفة ينبغي رده ان يبطل الالتزام ويقع
الطلاق رجعيا وهذا هو الظاهر والله اعلم ٥ ٥

الباب الرابع الالتزام المعلق علي غير فعل الملتزم والملتزم له

وحكمه حكم الالتزام المطلق فيقضي
به اذا وجد المعلق عليه ان كان الملتزم له معينا وان لم
يكن معينا فلا يقضي به اذا وجد المعلق عليه وفروعه
كثيرة واكثر مسايله من باب النذر المعلق وباب الضمان
وقد تقدم في الباب الثاني في كلام ابي الحسن خوان شفاني
الله من مرضي فلك الف درهم يقضي بذلك علي قايله وقال
في كتاب الكفالة من المدونة ومن قال لرجل ان لم يوفك
فلان حقك فهو علي ولم يضرب لذلك اجلا تلوم له لذلك
السلطان بقدر ما يري ثم الزمه المال الا ان يكون الغريم
حاضرا مليا وان قال ان لم يوفك حقك حتي يموت فهو علي
فلا شي علي الكفيل حتي يموت الغريم لانه اجل ضرب لنفسه
وقال قبله ومن تكفل لرجل بما ادركه من درك في جارية
ابتاعها من رجل ودارا وغيرها جاز ذلك ولزمه الثمن
حين الدرك في غيبة البايع او عدمه قلت ومثل
هذا ما يكتب اليوم في مستندات البيع والتزم فلان
لفلان انه ان قام عليه قايم في هذا المبيع فعليه نظير
ما يغرمه فلان ونحو ذلك فرع من ذلك اذا قال
لشخص اذا جا الوقت الفلاني فلك عندي كذا وكذا فانه يلزمه
اذا

اذا جا الوقت وهو صحيح غير مفلس قال في رسم يدبر من
سماع عيسي من كتاب الهبات في رجل قال لامراته خمسون
دينارا من مالي صدقة عليك الي عشر سنين الا ان يتوفي
قبل ذلك فلا شي لك وذلك لولدي قال ابن القاسم هو علي
ما قال ان بقيت المراة الي عشر سنين اخذتها ان كان الزوج
صحيحا وان مات قبل ذلك فلا شي لورثتها وهي للولد
اذا جات العشر سنين وهو حي صحيح وان مات
قبل العشر فلا شي للمراة ولا للولد وان اتت العشر وهو
مريض والمراة باقية ثم مات من مرضه فلا شي لها
في ثلث ولا راس مال قال ابن رشد هذه مسيلة
بينة لا اشكال فيها لانها صدقة تصدق بها في حال
صحته اوجبها علي نفسه في ذمته لامراته ان بقيت
الي عشر سنين او لولده ان ماتت قبل العشر سنين
فان اتت العشر سنين وهو حي صحيح وجبت الخمسون
لها كانت مريضة او صحيحة وان ماتت قبل ذلك كانت لولده
صحيحا كان الولد او مريضا وان اتت العشر سنين وهو
مريض او مات قبل ذلك لم يكن لواحد منهما شي ولا
لورثته لانها صدقة لم تخرج حتي مرض او مات انتهي
قلت يريد وكذا لو فلس حينيذ والله اعلم وقد ذكر
في المسيلة التي بعدها وهي من قال ثلاثون دينارا من
مالي صدقة علي فلان الي عشر سنين او عبيدي صدقة

عليه الي العشر سنين وانه ان اتت العشر سنين والمتصدق حي
اخذها كانت دنانير او عبدا وان مات المتصدق بها قبل العشر
فلا شيء للمتصدق عليه ولا لورثته عاجلا ولا العشر سنين
وان استحدث المتصدق بها دينا قبل العشر سنين بيعت
هذه الصدقة في دينه وان كانت شيا بعينه وبطلت
الصدقة واما ان اراد المتصدق بها بيعها من غير
دين يلحقه فانه يمنع من ذلك ولم يكن له ذلك وان كانت
جارية لم يطاها قال وان مات المتصدق عليه بها
قبل العشر سنين فورثته بمنزلته **تنبيه** علم
من هذه المسيلة ان الملتزم اذا علق الالتزام على اجل
معين كقوله بعد سنة او شهر او عشر سنين وكان الشي
الذي التزم اعطاه معينا كالعبد والدابة والثوب فانه
يمنع من بيعه واخراجها عن ملكه وهذا بخلاف ما اذا
علق الالتزام على اجل مجهول كقوله اذا جا ابي او فلان
الغايب فانه لا يمنع من البيع قال في كتاب العتق من
المدونة ومن قال لعبده انت حر اذا قدم ابي فذلك
يلزمه ولا يعتق عليه حتى يقدم ابوه قال مالك ويوقف
لينظر ان قدم ابوه ام لا وكان يمرض في بيعه واجاز
ابن القاسم بيعه ووطيها ان كانت امة وقال هي في هذه
كالحرة يقول لها انت طالق اذا قدم فلان فله وطيها
ولا تطلق حتى يقدم فلان واما ان العتق الي اجل ات

لابد

لابد منه كقوله انت حر الي شهر او سنة او اذا مات فلان
او اذا حضت فهو ممنوع من البيع والوطي وله ان ينتفع
بغير ذلك حتي يحل الاجل قال ابن يونس قال محمد ان
قال انت حرة ان قدم ابي فكان مالك يصرح باجازة
بيعها وعرض في بيع التي يقول فيها اذا قدم ابي
ثم جعلهما سوا ونحوه في كتاب الطلاق قال ابن يونس
انما فرق بين ان واذا في احد قوليه لان اذا كانها تختص
باجل يكون وقد يمكن ان لا يكون قال الله تعالى اذا الشمس
كورت وذلك كاين لا بد وان اغلب موضوعها للشرط
وقد يكون بمعنى الاجل فحمل مالك كل لفظ على الغالب
من امره ثم رجع فساوي لان العامة لا تكاد ان تفرق
بينهما
بينهما انتهى قال ابو الحسن قال عبد الحميد لا يخلوا
ذلك من ثلاثة اوجه ان اراد ان اجل عتقه وقت مجيئه
المعتاد المجي فيه فيكون حرا اذا جا الوقت لانه معتق
الي اجل كقوله لقوله انت حر الي الحصاد او الي مجي الحاج
وان اراد به نفي القدوم كانه يقول جا بي كتابه انه
لا يقدم واراد به الشكر لله تعالى على قدومه فلا شي عليه
حتي يقدم انتهى وهو كلام حسن **فتحصل** من هذا
انه يجري البيع سوا قال ان او اذا على القول المرجوع اليه
واذا جاز هذا في العتق فيجوز في التزام الصدقة
والهبة من باب احرى وهذا بين والله اعلم

Copyright © King Saud University

فرع ومن الالتزام المعلق على فعل غير الملتزم والملتزم
له ما وقع في اخر رسم ان خرجت من سماع عيسى من كتاب
الصدقات والهبات في امراة تركت زوجها وولدا وبنتا
منه واباها وتركت متاعا وحليا وصداقا على زوجها
فقال ابوها للزوج ان تصدقت بمصابك منها من صداقها
وحليها ومتاع وغير على ولديها فميراثي منها في
جميع ما تركت صدقة عليهما وقال الزوج قد تصدقت
بجميع مصابي عليهما واشهد لهما بذلك فمات الجد وهو
اب الزوجة ومات ابو الولدين والصبيان طفلان
والمتاع والحلي وجميع ما تركت بيد ابيهما والصداق
عليه كما هو قال ابن القاسم اما ما تركت من المتاع والحلي
فهو لهما لان حوز ابيهما لهما حوز واما الصداق فليس
لهما منه شي لا من نصيب جدهما ولا من نصيب ابيهما
لان الجد انما تصدق عليهما على ان تصدق ابوهما عليهما
فاذا لم يتصدق ابوهما عليهما فليس لهما من صدقة جدهما
شي اذ لم يقرر ذلك لهما الاب ويجعله على يد غيره لان
الاب اذا تصدق على ولده بناض لم تجز صدقته الا ان
يجعل ذلك على يد غيره ولو كان الصداق عرضا مضمونا
لم يجز لهما منه شي لانه لو تصدق عليهما بعبد موصوف
او سلعة موصوفة ليست بعينها ثم مات قبل ان يحوزها
لهما لم يجز لهما منه شي ولو كان للاب على اجنبي عبد موصوف

فتصدق

فتصدق به على ابنه جازت صدقته قبضها او لم يقبضها
حتى مات وقبله ابن رشد وقال تصدقه على ولده بحظه
الذي يجب له بالميراث من الصداق الذي عليه اذا مات
الاب عينا كان او عرضا فلا اختلاف في انه لا يجوز للابن
اذا مات الاب وهو عليه كما هو اذ لا يكون الاب حايزا لابنه
ما هو في ذمته لو قال اشهدكم اني وهبت لابني كذا وكذا
دينارا اوجبتها في ذمتي لم يجز ذلك وكانت باطلا اذا
مات وهي عليه قبل ان يحضرها ثم ذكر الخلاف في كونه هل
لا بد من جعله على يد غيره او يكفي الطبع عليه والله اعلم
ومثله ما في اول سماع ابي زيد من الكتاب المذكور
في رجل له على رجل عشرة دنانير فقال له ان تصدقت على
ابنك بعشرة دنانير فعشرتي التي عليك صدقة عليك
فقال الاب اشهدوا اني تصدقت على ابني بعشرة دنانير
وابنه صغير ولم يخرجها حتى مات قال ذلك باطل
وترجع انت في عشرتك لان الاب لم يقرر العشرة
ايضا ولم يخرجها ولو وضعها على يدي عدل لم يكن لك
ان ترجع وكانت للاب وقبله ابن رشد ايضا والله اعلم
فرع ومن هذا الباب ما يترتب على عقدة البيع
فيشترط فيه حينئذ ان لا يودي الى غرر فيجوز البيع
بشرط تنجيز العتق او بشرط ان يهب المشتري
المبيع لفلان او يتصدق به عليه ناجزا اذ لا غرر في ذلك

Copyright © King Saud University

ولا يجوز البيع بشرط العتق الى اجل او بشرط الكتابة
او بشرط التدبير او بشرط ان يتخذ الامة ام ولد
او بشرط ان يهب المبيع لفلان او يتصدق عليه
بعد اجل بعيد او بشرط ان لا يخرج العبد او الجارية
من البلد الفلانية او نحو ذلك وسياتي بيان ذلك والكلام
عليه مفصلا في الخاتمة في الشروط المنافية لمقتضى
البيع وكذلك يبطل هذا الالتزام اذا علق على شي مجهول
وكان الالتزام مقارنا لعقد شرعي من بيع او اجارة
او سلم ونحوه كمن استاجر دارا باجرة معلومة مدة
والتزم انه ان حصل فيها خلل كان عليه جميع
ما يحتاج اليه او بعضه وكما لو اشترى دارا او غيرها
بثمن معلوم والتزم للبائع انه ان حصل خلل في
داره اخرى كان عليه عمارته فهذا الالتزام باطل
والعقد المقارن له فاسد يحكم له بحكم البيع الفاسد
والاجارة الفاسدة والله اعلم فرع من زوج
ابنته على مائة دينار على ان يشورها الاب بمائة
دينار فيكون النكاح صحيحا وتلزمه المائة قال
البرزلي في مسايل النكاح عن ابي عمران فان لم يكن
عنده شي اتبع بها دينا وذكر قبل عن ابي عمران
او عن ابن عبد الرحمن انه اذا تزوجها الزوج
بصداق وكانت العادة جارية بان الاب يجهزها

بنصف

فرع من زوج ابنته بمائة دينار على ان يشورها بمائة

81

بنصف ذلك او نحوه انه يلزمه وللزوج القيام بذلك وتقدم
لفظه في الباب الاول وفيها فوايد نبهنا عليها هناك
فرع قال البرزلي في مسايل الايمان من التزم الكفالة
عن غيره اذا حنث فحنث لزم الملتزم الوفاء بها ولا شي
على الحالف قلت ولا شي عليه يريد اذا اخرجها الملتزم
واما ان لم يخرجها وامتنع ولم يقدر على اجباره على اخراجها
فيلزم الحالف ان يخرجها ويرجع بها على الملتزم متى قدر عليه
والله اعلم وانما ذكرت هذه المسيلة في هذا الباب لان الحنث
قد يكون من غير فعل الملتزم ولا الملتزم له واما اذا كان
من فعل الحالف فهي من باب الالتزام المعلق على الفعل الذي
فيه منفعة للملتزم له بفتح الزاي وتقدمت في النوع الثاني
من الباب الثالث مسيلة ابن رشد فيمن التزم العفو
عمن سبه فاذا شهد له الشهود بالسب فراجعها والله اعلم
فرع من التزم ضمان ما ضاع من شورة زوجة قال
ابن رشد ارى ان ينظر الى الوجه الذي خرج عليه الضمان
فان كان من اجل انه خشية عليها اي الزوجة فلا يلزمه
ضمانها ان قامت البينة على تلفها من غير فعله وان كان
من اجل انه خشي هو عليها فلا ضمان عليه اذا قامت البينة
على تلفها من غير فعله ويلزمه ضمانها على كل حال ان لم توجد
وادعى تلفها فلم يعلم ذلك الا بقوله انتهى من نوازله فرع
قال اللخمي في السلم الاول من باب اجل السلم واختلف اذا قال

فرع فيمن التزم الكفالة عن غيره

Copyright © King Saud University

ان صار في ملكي فهو لك بكذا او كذا ولم ينقد وان تجوز لص لانه
لا غرر فيه انتهي **تنبيه** ليس من هذا الباب ما اذا علق شيا
علي جهة الاقرار ولم يرد الانشا المعروف **قال** في كتاب الاقرار
من النوادر **قال** ابن سحنون وابن عبد الحكم **و**اذا قال لفلان
علي الف درهم ان شا فلان فهذا باطل شا فلان او لم يشا لانه خطر
كما لو قال له علي الف درهم ان تكلم او ان دخل الدار **و**قاله ابن المواز
وقال هو كمن قال فلان مصدق في شهادته فذلك لا يلزمه
قال ابن سحنون وكذلك ان قال ان مطرت السما او هبت
الريح او دخل فلان الدار فهو باطل في اجماعهم **و**لو قال له علي الف
ان حمل متاعي الي منزلي بالبصرة ففعل فهذه اجارة وهو جايز
انتهي فهذا كله علي جهة الاقرار لا يلزمه شي **و**لو كان ذلك علي وجه
الهبة والمعروف فالظاهر لزومه **و**الله اعلم **خاتمة**
في التنبيه علي مسايل حكم فيها بعدم اللزوم لكونها من باب
اسقاط الحق قبل وجوبه او يكون الالتزام فيها مخالفا لمقتضي
العقد **و**فيها فصلان **الفصل الاول**
في اسقاط الحق قبل وجوبه ونذكر من ذلك مسايل
المسيلة **الاولي** اسقاط الشفعة قبل بيع الشريك **قال**
في كتاب الشفعة من المدونة **و**اذا سلم الشفيع الشفعة بعد البيع
فلا قيام له **و**لو قال للمبتاع قبل الشرا اشتره **و**قد سلمت لك
الشفعة **و**اشهد بذلك فله القيام بعد الشرا لانه سلم ما لم يجب له
وان سلم بعد الشرا علي مال اخذه جاز **و**ان كان قبل الشرا بطل ورد

المال

قوله عدم اسقاط الحق قبل وجوبه

المال وكان علي شفعته **قال** ابن يونس لان من وهب مالا
يملك لم تصح هبته **قال** اشهب وعبد الملك كمن اذن له
ورثته ان يوصي باكثر من ثلثه في صحته فلا يلزمهم ذلك
وقال اللخمي ويختلف اذا اسلمها قبل الشرا **و**قال له اشتر فاذا
اشتريت فلا شفعة لي عليك **فقيل** لا يلزمه ذلك **و**له ان يستشفع
ويجري فيها قول اخر انه لا شفعة له قياسا علي من قال ان
اشتريت عبد فلان فهو حر **و**ان تزوجت فلانة فهي طالق
ومن جعل لزوجته الخيار ان تزوج عليها فاسقطت ذلك الخيار
قبل ان يتزوج عليها فقد قالوا ان ذلك لازم لها وهو في الشفعة
ابين لانه ادخل المشتري في الشرا لمكان الترك **و**لولا ذلك لم يشتر
فاشبه هبة قارنت البيع **و**لانه لو قال له اشتر ذلك الشقص
والثمن علي فاشتراه يلزمه ان يغرم الثمن الذي اشتراه به لانه
~~ادخله المشتري في الشرا لمكان الترك ولولا ذلك لم يشتر فاشبه~~
~~هبة قارنت البيع ولانه لو قال له اشتر ذلك الشقص والثمن~~
ادخله في الشرا **و**هذا قول مالك وابن القاسم فهو ترك
الشفعة ابين **و**اختلف فيمن قال لزوجته ان جيتني بمالي
عليك فانا اطلقك فجاته به فقال مرة يلزمه ان يطلقها انتهي
ونقله ابن عرفة ثم قال بعده **و**في اجوبة ابن رشد الفرق بين
قوله ان تزوجت فلانة فهي طالق **و**ان اشترى فلان شقص
كذا فقد اسقطت عنه الشفعة ان الطلاق حق لله لا يملك
المطلق رده ان وقع **و**لو رضيت المراة برده فرده اذ ليس

Copyright © King Saud University

يحق لها فلزم بعد النكاح كما الزمه نفسه قبله واسقاط الشفعة
انما هو حق له لانه يصح له الرجوع فيه برضي المشتري فلا يلزم
الا بعد وجوبه ابن عبد السلام هذا الفرق ليس بالقوي ويظهر
ببادي الراي صحة تخريج اللخمي ثم ذكر عن شيخه ابن الحباب فرقا
اطال فيه البحث والكلام فليراجعه فيه من اراده قال ابو الحسن
الصغير قيل لابي عمران اذا قال له اذا وجبت لي الشفعة فقد
سلمتها لك هل هي مثل مسئلة الكتاب قال ذلك سوا ولا يلزم
شي بخلاف من قال ان اشتريتك فانت حر وقال لامراة ان
تزوجتك فانت طالق ان ذلك يلزمه لانه معلوم ان وجوب
الشفعة انما يكون بعد وجوب البيع الشيخ ولعل الفرق
بين الطلاق والعتق وبين الشفعة ان الطلاق والعتق من
حق الله بخلاف الشفعة انتهى وسياتي في كلام ابن رشد نحو
ما ذكره ابو الحسن عن ابي عمران فرع قال اللخمي وان ترك
الشفعة بشرط فقال ان اشتريت ذلك الشقص فقد سلمت
لك شفعتي على دينار تعطيه اياي فان لم يبعه منك فلا
جعل لي عليك جاز ذلك ولو اشترط النقد لم يجز انتهى فرع
قال ابن رشد في اخر الرسم الاول من سماع اشهب من كتاب
العيوب اذا قال الرجل اذا كان فلان قد اشتري هذا الشقص
بكذا فقد سلمت له الشفعة فهذا يلزمه التسليم ان كان قد
اشتري فلان واما ان قال ان اشتري فلان الشقص فقد
سلمت له الشفعة فهذا لا يلزمه التسليم ان اشتري لانه اسقط

حقه

حقه قبل ان يجب له انتهى المسئلة الثانية
اذا اجاز الورثة الوصية باكثر من الثلث او لبعض الورثة
قال في التوضيح فلهم ثلاثة احوال الاولى ان يكون ذلك
في الصحة من غير سبب فاجازتهم غير لازمة لهم لانهم
كمن اعطى شيا قبل ملكه او جر بان سبب ملكه هكذا اشار
اليه مالك في الموطا وروي عن مالك ان ذلك لازم لهم ومثله
في الموازية فيمن قال ما ارث من فلان صدقة عليك
عليك وفلان صحيح قال يلزمه ذلك ان كان في غير يمين
اللخمي والاول اشهر وهذا اقيس لانه التزم ذلك بشرط حصول
الملك فاشبه من اوجب الصدقة بما يملك الي اجل او بلد
سماه او بعتق ذلك او بطلاق ما يتزوج فيه انتهى وقال
ابن عرفة وفي الموطا والعتبية قال مالك ان اذن الورثة
للصحيح ان يوصي باكثر من ثلثه لم يلزمهم ذلك ان مات
لانهم اذنوا في وقت لا منع لهم فيه ابو عمر هذا مشهور
مذهبه وعنه انه يلزمهم ابن زرقون في الموازية
من قال ما ارث من فلان صدقة عليك وفلان صحيح
لزمه ذلك ان كان في غير يمين فهذا مثل ذلك قلت
زاد اللخمي والاول اشهر وهذا اقيس كمن اوجب الصدقة
بما يملك الي اجل او في بلد سماه او بعتق ذلك او بطلاق من
يتزوج فيه انتهى وما حكاه الشيخ خليل وابن عرفة من
الخلاف في هذا الوجه تبعا لابي عمر ابن عبد البر مخالف لما ذكره

اشهر

الباجي في المنتقي فانه قال ان كانت الاجازة لغير سبب فلا
خلاف في المذهب انه لا يلزم ذلك المجيز من الورثة وله الرجوع
لانه حال لم تتعلق فيه حقوقهم بالتركة انتهى وصرح الرجراجي
ايضا بنفي الخلاف في ذلك وهو ظاهر كلام ابن رشد في اخر
شرح المسيلة الثانية من رسم الجواب من سماع عيسى من كتاب
الهبات قال ولا يلزم الوارث على حال ما اذن لموروثه فيه في
صحته من الوصية ولم يحك ابن يونس وابو الحسن في ذلك
خلافا ولفظ ابن يونس ومن العتبية والمجموعة والموطا
قال مالك اذا اذن الورثة للصحيح ان يوصي باكثر من
ثلثه لم يلزمهم ذلك ان مات لانهم اذنوا له في وقت لا منع
لهم انتهى وظاهر كلام اللخمي ان القول الثاني مخرج من
مسيلة الموازية ونصه قال مالك في الموطا اذا اذن
الورثة للصحيح ان يوصي باكثر من ثلثه لم يلزمهم لانهم
اذنوا في وقت لا منع لهم وفي كتاب الصدقات من كتاب
محمد فيمن قال ما ارثه من فلان صدقة عليك وفلان صحيح
قال يلزمه ذلك اذا كان في غير يمين والاول اشهر وهذا
اقيس لانه التزم ذلك بشرط الملك فاشبه من اوجب
الصدقة بما يملك الى اجل او في بلد سماه او بعتق في ذلك
او بطلاق ما يتزوج فيه انتهى قلت كلام اللخمي يدل
على انه خرج القول باللزوم من مسيلة الموازية والظاهر
انه لا يتخرج لان الوارث في مسيلة الاجازة لم يهب شيا

وانما

وانما اجاز فعل شخص لا يقدر على رد فعله الان كما قال في الموطا
ان الشخص اذا كان صحيحا كان احق بجميع ماله يصنع فيه
ما شا وفي مسيلة الموازية الوارث نفسه وهب ما يرثه
اذا دخل في ملكه وياتي الكلام عليها ان شا الله مستوفي
الحالة الثانية اذا اجاز الورثة الوصية في
الصحة بسبب كالسفر والغزو وقال في التوضيح لبعض
ورثته او باكثر من ثلثه فروى ابن القاسم في العتبية ان
ذلك يلزمهم وقاله ابن القاسم وقال ابن وهب في
العتبية كنت اقول بهذا ثم رجعت الى ان ذلك لا يلزمهم
وقال محمد اصبغ وهو الصواب انتهى قلت
والمسيلة في رسم نذر من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا
واقتصر الشيخ خليل في مختصره على القول بعدم اللزوم
الذي رجحه اصبغ وحكى في الشامل القولين من غير ترجيح
الحالة الثالثة اذا اجاز الورثة الوصية في
المرض فلا يخلو المرض اما ان يكون مخوفا او غير مخوف
فان كان غير مخوف فحكمه حكم الاجازة في الصحة قاله
عبد الوهاب وقبله الشيخ خليل في التوضيح وجزم
به في الشامل وان كان المرض مخوفا فلا يخلو اما ان
يصح بعد ذلك المرض او يموت فيه فان صح بعده لم
يلزمهم الاجازة حتى ياذنوا له في المرض الثاني قاله ابن
القاسم في اخر سماع يحيى من كتاب الوصايا وقبله ابن رشد

Copyright © King Saud University

ونقل نحوه ابن كنانة لكن قال بعد ان يحلفوا ما سكتوا الا عن
غير رضى ولا يلزمهم ذلك قال ابن رشد وهو بعيد يعني
الزامهم اليمين وجعل الرجراجي قول ابن كنانة مخالفا لقول
ابن القاسم وعلى قول ابن القاسم اقتصر ابن الحاجب والشيخ خليل
في مختصره وان لم يصح بعد ذلك المرض بل مات فيه فالورثة
على ثلاثة اقسام فمن كان منهم بالغا رشيدا باينا عن الموصي
ولا سلطان له عليه ولا نفقة فلا رجوع له ومن كان منهم
سفيها فهذا لا يجوز اذنه ولا يلزمه ولم يحك ابو الحسن في
هذين القسمين خلافا وصرح الرجراجي بنفي الخلاف
في الثاني وحكى في الاول قولين قال والمشهور اللزوم والقسم
الثالث من كان رشيدا وهو في نفقة الموصي كزوجته
واولاده او له عليه دين او في سلطانه فلا يخلو اما ان يسالهم
في الاذن او يتبرعوا له به فان تبرعوا بالاذن ففي لزوم
ذلك لهم قولان المشهور منهما عدم اللزوم وهو مذهب
المدونة قال في اخر كتاب الوصايا الثاني من المدونة ومن اوصى
في مرضه باكثر من ثلثه فاجاز ورثته ذلك قبل موته من غير ان
يطلبهم الميت او طلبهم فاجازوا ثم رجعوا بعد موته قال مالك
من كان منهم باينا من ولد قد احتلم او اخ او ابن عم فليس ذلك لهم
ومن كان في عياله من ولد قد احتلم وبناته وزوجاته فذلك لهم وكذلك
ابن العم الوارث ان كان ذا حاجة اليه ويخاف ان منعه وصح اضر به
في منع رفده الا ان يجيزوا بعد الموت فلا رجوع لهم بعد ذلك
ولا

ولا يجوز اذن البكر والابن السفيه وان لم يرجعا انتهى وان سالهم
في ذلك لم يلزمهم قولا واحدا قاله ابو الحسن الصغير وظاهر كلام
غيره ان الخلاف يجري في ذلك ايضا تنبيهات الاول
اذا قال الوارث بعد ان اجاز الوصية في الحال الذي يلزمه اجازتها
لم اعلم ان لي رد الوصية فان كان مثله يجهل ذلك حلف ولم يلزمه
قاله في التوضيح وظاهره سواء كانت اجازة الوارث في المرض
او بعد الموت وهذا اذا لم ينفذها فان انفذها ثم ادعوا
الجهل فذكر ابن رشد في رسم اوصى من سماع عيسى من كتاب الهبات
ثلاثة اقوال احدها انه لا يرجع فيما انفذ وان علم انه جهل
قال وهو ظاهر قول ابن القاسم في اخر كتاب الوصايا من
المدونة في الابن الذي في عيال الرجل فاذن له في مرضه في الوصية
من ثلث ماله ثم ينفذ ذلك بعد موته انه ليس له ان يرجع ظاهره
وان كان جاهلا يظن به ذلك والثاني انه يرجع اذا كان يشبه
ما ادعاه من الجهل مع يمينه وهو قوله في هذه الرواية قال
وهي يمين تهمة الا ان يحققوا عليه انه انفذها بعد العلم بانه
لا يلزمه وقيل بغير يمين والثالث انه ليس له ان يرجع الا
ان يعلم انه جهل ذلك انتهى وقال الشيخ خليل في مختصره ولو ثم
اجازة الوارث بمرض لم يصح بعده الا لتبين عذر بكونه في نفقته
او دينه او سلطانه الا ان يحلف من جهل مثله انه جهل ان له الرد
لا بصحة ولا لسفر وهو بين مما تقدم الثاني اذا قلنا لا يلزم الاذن
من في عياله ونحوه فهل يحلف ذكر في التوضيح في الابن الكبير اذا كان في عيال ابيه

Copyright © King Saud University

انه يحلف انه انما اجاز خيفة منه ان يصح فيقطع عنه معروفه
وقال في الشامل في الابن الكبير في عياله قولان وعلى الرجوع
يحلف ما اجاز الا خوفا منه انتهى وحكم غير الابن كذلك والله اعلم
الثالث اذا اجاز الورثة الوصية بعد موت الموصي فلا
خلاف ان ذلك لازم اذا كان المجيز مالكا لامر نفسه والله
اعلم المسئلة الثالثة عشر من ترك ارثه من شخص
في حياة ذلك الشخص او وهبه لشخص اخر فقد تقدم
ما في الموازية فيمن قال ما ارث من فلان صدقة عليك
وفلان صحيح وان ذلك يلزمه وقال في رسم الشجرة من سماع
ابن القاسم من كتاب الهبات وسيل عن رجل حضرته الوفاة
فاستوهب امراتين له ميراثهما منه ففعلتا ووهبتاله ذلك
فلم يقض فيه بشي ثم مات فلمن تراه قال اراه للمراتين مردودا
عليهما وما يعجبني للرجل ان يفعل مثل هذا ايسال امراته ان
تهب له ميراثها قال ابن رشد هذا مثل ما قاله في الموطا وهو بين
لان الغرض انما هو ان يصرف الى من ورثته سواهما او غيرهم
اذ لا حاجة به الى ميراثهما منه سوى ذلك فاذا لم يقض فيه بشي
حتى مات كان مردودا عليهما بمنزلة ما لو استاذن ورثته
ان يوصي لبعض ورثته او بشي اكثر من ثلثه فاذنوا له بذلك
فلم يفعل حتى مات لم يلزمهم فيما اذنوا له فيه بشي وقد مضى
في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الشهادات القول مستوفى
في هبة الوارث ميراثه في مرض المورث او في صحته انتهى ونص

ما تقدم

ما تقدم له في الرسم المذكور ولا اعرف نص خلاف في ان هبة الوارث
لميراثه في مرض المورث جايزة وهو بين من قول ابن القاسم
في هذه الرواية ونص من قوله في رسم الاقضية والحبس
من سماع اصبغ من كتاب الصدقات والهبات لانه قال
فيه ان ذلك يلزمه الا ان يقول كنت اظنه يسيرا لا اعلم
انه يبلغ هذا القدر وشبه ذلك من قوله فيحلف على ذلك
ولا يلزمه ومثله لمالك في الموطا لانه قال فيه ان الميت
اذا قال لبعض ورثته ان فلانا لاحد من ورثته ضعيف
وقد احببت ان تهب لي ميراثك فاعطيه اياه ان ذلك
جايز اذا سماه له الميت اذ لا فرق بين ان يهب احد الورثة
ميراثه لمن سماه من الورثة او لاجنبي من الناس ولا بين
ان يسميه له الميت او لا يسميه له وما في رسم نقدها
من سماع عيسى من كتاب الصدقات والهبات محتمل
للتاويل على ما سنذكره اذا مررنا به ومن الناس من ذهب
الى ان هبة الوارث لميراثه في مرض المورث لا تجوز لانه
وهب ما لم يملك بعد على ما في المدونة من ان المريض اذا
استاذن بعض ورثته في ان يوصي لبعضهم فاذنوا
له لزمهم اذ لم يحكم لهم بحكم المالك للميراث في المرض وانما
كان له التحجير بالاذن له لزمه وان لم يكن مالكا للمال
وقال ان ذلك يقوم ايضا من قول مالك في الموطا ان الوارث
اذا وهب لمورثه في مرضه ميراثه منه ثم مات قبل ان يقضي فيه

عن على مورثه فاذا رفع عنه التحجير صح

Copyright © King Saud University

انه يرجع اليه اذ لو اجاز هبته له لقال انه لا يكون له منه الا
ميراثه منه قال فكما لا يجوز هبته له من اجل انه لم يتقرر له عليه
ملك فكذلك لا يجوز لغيره وليس ذلك بصحيح والفرق بينه وبين
غيره انه اذا وهبه لمورثه فقد علم ان القصد في ذلك انما هو ليرتفع
التحجير في ان يصرفه الي ان احب من الورثة اذ لا يحتاج
هو الي هبة ان صح ولا ينتفع بها ان مات فاذا لم يقض
فيها بشي حتي مات رجعت الي الواهب واذا وهبه
لغيره فقد ملكه بالهبة ما وهبه اياه ولا يقال ان ذلك
لا يجوز من اجل انه وهبه ما لم يملكه بعد لانه لم يبتله
له الان وانما وهبه له بشرط ملكه له بموت مورثه كما
لو قال ان ملكت فلانا فهو حر او ان ملكته فهو لفلان
فلا فرق في وجه القياس بين صحة المورث ومرضه في
هبة الوارث لميراثه منه والتفرقة بين المرض والصحة
في ذلك استحسان ويتحصل علي هذا في المسيلة ثلاثة اقوال
الجواز والمنع في الحالين والفرق بينهما انتهى وقال في اول رسم
من سماع عيسي من كتاب الهبات قال عيسي وسيل ابن القاسم
عن رجل صالح مالكا لامره تصدق علي اخر منه بميراث
من ابيه اذا مات والاب باق ايجوز له فقال لا اري ان يجوز
هذا ولا اقضي به عليه وهو اعلم لانه امر لا يدري قدره ولا
يعلمه لا يدري كم يكون دينارا او الف دينار فلا ادري ما هو
وهو اعلم قال محمد ابن رشد قوله لا اري ان يجوز معناه لا اري
ان

ان يجوز هذا عليه اي لا يلزمه ذلك ولا اقضي عليه به وهو
اعلم لانه لا يدري قدره ولا كم يكون فانما قال ان ذلك لا يلزمه
من اجل انه لم يدر قدر ما وهب لا من اجل انه وهب ما لم يملك
اذ لم يصبه اليوم فيكون قد وهب ما لم يملكه بعد فانما اوجب
ذلك علي نفسه يوم يموت ابوه فيجب له ميراثه كمن قال ان
ورثت فلانا او اشتريته فهو حر يلزمه ذلك بخلاف قوله
هذا اليوم حر وقوله في هذه الرواية ان ذلك لا يلزمه
خلاف ما ياتي من قوله في رسم الاقضية والحبس من سماع
اصبغ ان ذلك يلزمه الا ان يقول كنت ظننت انه يسير
ولو علمت انه بهذا القدر ما وهبته وشبه ذلك من قوله
فيحلف علي ذلك ولا يلزمه فاتفقت الروايتان جميعا علي
ان الواهب ميراثه في مرض الميت ليس بواهب لما يملكه
بعد وانه انما هو واهب له اذا ملكه بقوله المتقدم
قبل ان يملكه واختلف هل يلزمه اذا مات المتقدم فقال
في هذه الرواية لا يلزمه اذ لم يدر يوم اوجبه كم يكون يوم
الموت وقال في رواية اصبغ يلزمه الا ان يقول لم اظن
انه يكون هذا المقدار فيحلف علي ذلك ولا يلزمه ومن اهل
النظر من ذهب الي ان معنى رواية اصبغ ان الصدقة
كانت بعد موت الاب فلذلك الزمه بها هذه الرواية التي
قال فيها ان الصدقة والاب باق فانها غير جايزة قال
وهو الذي ياتي علي مذهبه في اخر الوصايا الثاني من المدونة

Copyright © King Saud University

لان الوارث لا يملك ميراثه في مرض الموت فتجوز هبته
وايماله في مرضه التحجير عليه في ان يوصي باكثر من ثلثه
او يوصي لبعض ورثته فهذا الذي اذا اذن له فيه لزمه
على ما قاله في المدونة واما ان يهبه هو لاحد فلا قال
وفي الموطا ما يدل على انه لا يجوز للوارث ان يهب له ميراثه
في مرض مورثه قال ابن رشد وليس ذلك عندي بصحيح
بل الذي في الموطا ان هبة الوارث ميراثه في مرض الموت
جايز لازم وليس عندي في المدونة ما يخالف ذلك ولا في هذه
الرواية ايضا ما يدل على خلاف ذلك لاحتمال ان يريد ان الصدقة
وقعت في صحة المورث قبل مرضه وهذا اولى ما حملت
عليه حتى تتفق الرواية لان حمل بعضها على التفسير لبعض
اولى من حملها على الخلاف فنقول على هذا انه اذا وهب
ميراثه في صحة المورث لم يجبر عليه وكان له ان يرجع عنه
على معنى هذه الرواية ولا نص خلاف في ذلك وانما يدخل
فيه الخلاف بالمعنى اذ لا فرق في حقيقة القياس في ذلك
بين الصحة والمرض واذا وهب ميراثه في مرض الموت
الذي مات منه لزمه ولم يكن له ان يرجع عليه الا ان يتصدق
عليه وهو يظنه النصف او الربع فيكون للتفرقة بين
ذلك وبين الذي يجهل قدر المال وجه وهو ان الذي شك
فيما بين الجزءين قد رضي بهبة اكثرهما فيجب ان يلزمه وبالله
التوفيق وقال في رسم الاقضية والحبس من سماع اصبغ

سمعت

سمعت ابن القاسم يقول في رجل تصدق على رجل بميراثه
من ابيه بعد ان يموت ابوه واشهد له وقبل ذلك منه
ثم بدا للمتصدق وقال اني كنت حين فعلت ذلك لا ادري
ما ارث نصفا او ربعا ولا ادري ما عدد ذلك من الدنانير
ولا من الرقيق ولا ما سعة ذلك من الارضين وعدد الاشجار
فلما تبين لي موروثي من ابي وما ارث مما ترك رايت
ذلك كثيرا وكنت ظننت بانه دون ذلك وانا لا اجيز
الان فقال ابن القاسم ان تبين ما قال انه لم يكن يعرف
يسر ابيه ولا وفرة لغيبة كانت عنه رايت ان يحلف
ما ظن ذلك ويكون القول قوله وان كان عارفا بابيه وبيسره
وان لم يعلم قدر ذلك جاز ذلك عليه على ما احب او كره وقاله
اصبغ قال ابن رشد قد سبق الكلام عليها مستوفى في سماع
عيسى قلت فتحصل من كلام ابن رشد انه اذا وهب
ميراثه بعد موت مورثه لزمه بلا خلاف وان وهبه في حال
مرض مورثه الذي مات فيه لزمه ايضا ولا يعرف فيه نص
خلاف الا ما يوخذ من سماع عيسى ... الاخذ عندي
بصحيح وحمل سماع عيسى بعدم اللزوم عليه وان وهبه
في صحة مورثه فالقياس انه يلزمه ولكنه لا يعرف نصا
في اللزوم فاما ما ذكره من اللزوم اذا وهبه بعد الموت
وفي المرض فظاهر وكذا ما ذكره من ان اللزوم في حال الصحة
هو القياس واما كونه ليس بمنصوص فليس بظاهر وقد

ولبيع

Copyright King Saud University

تقدمت مسيلة الموازية وهي نص في اللزوم في حال الصحة
وقال في كتاب الهبة من المدونة وان وهبه موروثه
من فلان وهو لا يدري كم هو ربع او سدس او وهبه
نصيبه من دار او جدار ولا يدري كم ذلك فذلك جايز
والغرر في الهبة لغير الثواب يجوز انتهى وظاهرها سواء
كان في الصحة او في المرض او بعد الموت وقال المشدالي
في حاشيته على المدونة قال الوانوغي معنى المسيلة ان
فلانا مات حتى الهبة او مرض اما لو كان صحيحا فلا يلزم
الواهب ما وهبه قال ابن القاسم فيمن تصدق بميراثه
من ابيه اذا مات والاب باق لا اري ان يجوز هذا ولا
يقضي به ابن رشد قوله لا يجوز اي لا يلزمه وله ان يرجع
ولا نص خلاف فيه ولو وهب ميراثه في مرض الموت
الذي مات فيه لزمه ولم يكن له رجوع الا اذا ظنه يسيرا
ثم بان انه كثير فيحلف على ذلك ولا يلزمه ولا نص خلاف
في ذلك انظر تمامه قلت وقد اومي في قوله ولا نص خلاف
الي انه لا يبعد تخريج اللزوم وان كثر وما احسن قولها ولو
شا لم يجعل وقوله في العتبية اذ لو شا لاستثبت انتهى
وهذا بالنسبة الي ما يتعلق بوقت الهبة واما ما ذكر بالنسبة
الي كونه يجهل قدره فالمعروف من المذهب ان الجهل بقدر
الموروث لا يبطل الهبة وكلام المدونة المتقدم صريح في ذلك
وقال في النوادر بعد ذكر كلام العتبية المتقدم عن سماع اصبغ
قال

قال محمد واعرف لابن القاسم في غير موضع ان هبة المجهول
جايزة وقال ابن عبد الحكم تجوز هبة المجهول وان ظهر انه
كثير بعد ذلك وقال ابن عرفة بعد ذكره كلام المدونة اللخمي
هبة المجهول والصدقة به ماضية ويستحب كونها بعد
معرفة قدر العطية خوف الندم ثم ذكر في لزوم هبة ما جهل
قدره من ارث ناجز ثلاثة اقوال الاول اللزوم مطلقا
وعزاه للمدونة مع ابن رشد وابن عبد الحكم قايلا ولو ظهرت
كثرته والثاني عدم اللزوم مطلقا وعزاه لنقل اللخمي
عن ابن القاسم والثالث اللزوم ان عرف قدر جميع المال
الموروث ولو جهل نصيبه من الميت وعدم اللزوم اذا جهل
قدر المال ولو عرف قدر نصيبه وعزاه لابن فتوح عن بعضهم
مع ابن رشد عن بعض المتاخرين ثم قال وحكى ابن العربي في
عارضته في باب القطايع في جواز هبة المجهول روايتان ثم قال
وفي التنبيه لابن بشير في كتاب العرايا حكي محمد الاجماع
على جواز هبة المجهول وقال من لا تحقيق عنده من الملقبين
بالفقها في هبة المجهول قولان وهو غلط منه لما راى من
الخلاف فيمن وهب مجهولا وقال ما ظننت هذا المقدار هل
له رده ام لا انتهى ويعني ابن بشير انه لا خلاف في الجواز وانما
الخلاف في اللزوم ويبين ذلك بقية كلامه في التنبيه في المحل
الذي ذكره ابن عرفة قال اثر كلامه المتقدم وهذا اصل ثاني
لا يعود بالخلاف في صحة هبة المجهول وانما هو خلاف

Copyright © King Saud University

في الزامه كل ما ظهر لانه اخرج من يده ويمكن ان يكون فوق
ما ظن اولا يلزمه الا القدر الذي يظن انه وهبه انتهى
تنبيهات الاول يظهر من كلام ابن رشد
المتقدم ان الخلاف انما هو حيث يهب ما يرثه من قريبه
على الجزم من الان واما لو صرح بالتعليق فقال ان ملكت الشي
الفلاني فهو صدقة على فلان انه يلزمه وهو ظاهر اذ كان
في غير معين كما تقدم الثاني اذا وهب ميراثه لمورثه فلم يقض
فيه بشي فانه يرجع للواهب كما تقدم في سماع ابن القاسم عن مالك
قال في المنتقى ورواه ابن وهب ايضا الا ان ابن وهب روى
عنه انه قال الا ان يكون سمي له من يهبه له من ورثته فذلك
له قال الباجي لانه فرق بين الوجه الذي سمى له انفاذه فيه
وقد وجد الانفاذ من الواهب الوارث ولو قال اعطنيه
اوصي به لفلان فقد روى ابن عبد الحكم عن مالك في الموازية
انه اذا اذن له ان يوصي به لوارث اخر فان انفذه مضى
وان لم ينفذه فهو رد ثم قال في الموطا ولو وهب له ميراثا
فانفذ الهالك بعضه وبقي بعض فهو رد على الواهب انتهى
الثالث هبة الوارث ميراثه لمورثه انما يلزمه اذا لم
يكن في سلطانه كما تقدم في اجازة الوصية قال في رسم
الجواب من سماع عيسى من كتاب الصدقات والهبات
وسالته عن الرجل يسال امراته في مرضه ان تضع عنه
مهرها او تتصدق عليه بشي من مالها فتفعل ثم اراد بعد
موته

بنفقة حملها انتهى قلت ما ذكره من سقوط النفقة هو
احد القولين وسياتي انه الراجح منهما فلم يبق بين هذه
المسيلة ومسيلة اسقاط النفقة فرق الا من جهة قوة
الضرر هنا وانه لا يمكن الصبر عليه فيجي ما قاله اللخمي وانظر
ما ذكره المشذالي في حاشيته على المدونة عن ابن عرفة ونصه
قولها ولها الرجوع متى شاءت قال ابن عرفة عندي انه اذا
كان ما وهبته الزمن اليسير كاليوم واليومين لا رجوع
لها لقول عاريتها اذا رجع انه يقضي عليه بما يعار الى
مثله وقولهم في السلف اذا طلب في الحال بجامع المعروف
قال المشذالي وهذا غير بين لان مدرك مسيلتنا
راجع لضرر بدني ولا يقاومه ما يرجع الى امر مالي انتهى
فجعل التقييد باليوم من عند ابن عرفة مع انه حكاه في مختصره
عن اللخمي واعترضه بانه خلاف ظاهر اطلاق المدونة
الثاني قال في التوضيح وانظر هل يقيد رجوعها
في هذه المسيلة بما اذا لم يدخل ضرتها الاخرى في شي كما
قالوا في اعتصار الاب مال ولده انتهى قلت الذي
يظهر من كلامهم عدم التقييد سوا عللنا المسيلة بالضرر
او باسقاط الحق قبل وجوبه كما في الشفعة حيث لم يعتبروا
ادخال المشتري في الشرا وكلفته مع انها في الغالب
اعظم من كلفة الزوجة فتامله والله اعلم فرع
اذا قلنا للمراة الرجوع فرجعت ولم يبلغ ذلك الزوج فليس

Copyright © King Saud University

عليه قضا ما فات قبل ان يبلغه الرجوع قال في الجواهر
وما فاته قبل بلوغ خبر الرجوع فلا يقضي انتهى الثالث
قال ابن الحاجب واذا وهبت واحدة يومها لضرتها فللزوج
الامتناع من قبولها تلك الهبة وليس للموهوبة الامتناع
منه لان الحق في الاستمتاع بالواهبة بيد الرجل فلو جاز
للموهوبة قبول هذه الهبة بغير رضى الزوج لسقط حق
الزوج في منفعته بالواهبة بغير رضاه وهو باطل وكذلك
لو قبل الزوج الهبة لم يكن للموهوبة الامتناع من القبول
انتهى قلت لان له الاستمتاع بها في كل وقت وانما
امتنع عليه لحق الزوجات الاخر فلما اسقطت احداهن
يومها للاخرى ورضي الزوج بذلك جاز ولم يكن للموهوبة
في ذلك مقال ولم يبينه في التوضيح على قول ابن الحاجب
لا للموهوبة والله اعلم ثم قال ابن الحاجب فلو
وهبت للزوج قدرت كالعدم ولا يخصص هو قال ابن
عبد السلام والشيخ خليل يعني اذا وهبت لضرتها
بقيت ايام القسم على حالها ويكون للموهوبة يومان
واما اذا وهبت الزوج فانها تكون كالعدم ولا يخصص
هو بذلك اليوم غيرها زاد ابن عبد السلام فقال لان
معنى هبتها للزوج اسقاط حقها لانها جعلت ملكا
لها بيده هكذا قالوا وقال بعض اهل العلم اذا وهبت يومها
للزوج كان مخيرا بين اسقاط يومها وبين ان يخصص به

واحدة

٩١

واحدة قال ابن عبد السلام قلت والاقرب سوالها عن مرادها
بالهبة هل الاسقاط او تمليك الزوج فان ارادت تمليك الزوج
فيكون مخيرا في جعله لمن شا ونقله عمن جعله اليها اذا شا
انتهى ونقل في التوضيح هذا الاخير فقال وينبغي اذا وهبت
الزوج ان تسال هل ارادت الاسقاط او تمليك الزوج فان
ارادت الثاني فله ان يخصص من شا انتهى قلت وهذا
التفصيل هو الذي يفهم من كلام اللخمي فانه قال هبة المراة
يومها جايز الا ان يابى الزوج لان له حقا في الاستمتاع بها
هبتها على ثلاثة اوجه فان اسقطت يومها ولم تخصص
احدا عاد القسم اثلاثا وان خصت به واحدة كان لها
وبقي القسم ارباعا وقد وهبت سودة يومها لعايشة
رضي الله عنهما فكان لها يومان وقال بعض اهل العلم
ان وهبته للزوج كان بالخيار بين ان يسقط حقه فيه
ويكون القسم اثلاثا او يخص به واحدة ويكون القسم ارباعا
انتهى ونقل ابن عرفة كلام اللخمي فاجحف في اختصاره
ونصه اللخمي ان اسقطت المراة يومها او وهبته لضرتها
فللزوج منعها لحقه في المتعة بها فان وافقها فالمسقطة
كالعدم واختص القسم بمن سواها وللموهوبة يومها وقال
بعض العلما ان وهبته له فله ان يخص به واحدة او يخص
القسم بمن سواها ثم قال وظاهر قوله قال بعض العلما ان المذهب
خلافه وهو مقتضى قول ابن الحاجب وابن شاس وفيه نظر

Copyright © King Saud University

لاحتمال كونه كهبة احد الشفعا حقه للمبتاع واحد غرماء
المفلس حقه له يستغرقه من سواه او كهبة احد اوليا القتيل
حقه للقاتل والاول اظهر والثاني اجرا على شرابه ذلك انتهى
قلت اما قوله ان ظاهر قول اللخمي قال بعض العلما ان المذهب
خلافه غير ظاهر لان جعل المسيلة على ثلاثة اوجه وهذا
هو الوجه الثالث ولم يذكر فيه الا ما نقله عن بعض العلما
فالذي يظهر من كلامه انه ارتضاه والا لنبه على ذلك واما
قوله ان مقتضى كلام ابن شاس وابن الحاجب ان ما نقله
اللخمي عن بعض العلما خلاف المذهب صحيح بل ذلك صريح في
كلامهما ولذلك لم يذكر ابن عبد السلام والشيخ خليل خلاف
ذلك الا على سبيل البحث وجزم الشيخ خليل في مختصره بما
قاله ابن شاس وابن الحاجب على ما في النسخ الصحيحة
منه وبذلك جزم صاحب الشامل فقال وقدرت عدما
ان وهبت يومها له او اسقطته ولا يخصص هو ولضرتها
فله الامتناع لا للضرة ان رضي انتهى وهذا هو الذي
استظهره ابن عرفة حيث قال والاول اظهر فانه يعني
بالاول ان يكون كهبة احد الشفعا حقه للمبتاع وكهبة
احد غرما المفلس حقه للمفلس ومسيلة الشفعا ذكر
ابن رشد فيها في اول كتاب الشفعة قولين ارجحهما ان
نصيب الواهب يرجع لبقية الشركا ومسيلة التفليس
لا شك ان الغرما يقسمون حصة الواهب كما ذكر ذلك ابن عرفة

فتحصل

فتحصل من هذا ان الراجح من المذهب انها اذا وهبت يومها
للزوج او اسقطت حقها تصير كالعدم وليس للزوج ان
يخص بيومها واحدة من البواقي والله اعلم الرابع
قال اللخمي واختلف في بيعها اليوم وشبهه فقال مالك
في كتاب محمد لا احب ان تشتري من صاحبتها يوما ولا شهرا
وارجو ان يكون في ليلة خفيفا قيل له فان ارضى احدى
امراتيه بشي اعطاها ليومها ليكون فيه عند الاخرى
فقال ان الناس ليفعلون ذلك وغيره احب الي ومحل قوله
في التفرقة بين القليل والكثير لما كانت لا تقدر على الوفا فيما
طال مدته انتهى انظر الخلاف الذي حكاه اللخمي ما هو
فان الذي يحصل من هذا الكلام ان مالكا كره للضرة
ان تشتري من ضرتها يوما او شهرا او خفف في شرا
الليلة وقال في كتاب محمد في ارضا الرجل زوجته في يومها
تركه احب الي والظاهر انه اراد ان الخلاف في شرا اليوم
فقال اولا لا احب لها ان تشتري يوما ثم قال في الرجل يرضي
امراته بشي ليكون في يومها عند الاخرى فقال غيره احب
الي فظاهره انه خفف في ذلك ولا فرق في شراء الزوجة
يوم صاحبتها وشرا الزوج ذلك وقال في سماع اشهب
من كتاب النكاح سئل عمن يرضي احدى امراتيه
يعطيه في يومها ليكون فيه عند الاخرى قال الناس
يفعلونه قيل له اتكرهه قال غيره احب الي قال ابن رشد

سيل في هذا الرسم بعينه من هذا السماع من طلاق السنة
عن المراة تشتري من صاحبتها يومها فقال ما يعجبني
واني لاكرهه ارايت لو اشترت شهرا او سنة واني لارجوا
ان تكون الليلة خفيفة وظاهر قوله انه فرق في الليلة
الواحدة بين ان يكون الرجل هو المشتري لها من امراته
او تكون صاحبتها هي التي اشترتها منها فجعل شرا المراة
الليلة من صاحبتها اشد في الكراهة فيحتمل ان يكون
الفرق بينهما عنده ان المراة لا تدري ما يحصل بما اعطت
من الاستمتاع بزوجها اذ قد يصيبها في تلك الليلة وقد
لا يصيبها والرجل يدري ما يحصل له من الاستمتاع اذ هو
مالك للاصابة واما شرا المدة الطويلة فالكراهة فيها
بينه من كل واحد منهما لانه غرر اذ لا يدري هل يعيش
الي تلك المدة هوا والذي اشتري الاستمتاع به انتهي
فالذي تحصل من كلام ابن رشد ان شرا الليلة الواحدة
مكروه سواء اشتراها الزوج او صاحبتها لكن شرا
صاحبتها اشد كراهة واما شرا الكثر من ذلك فمكروه
سوا كان المشتري هو الزوج او الضرة وانظر هذا الذي
ذكره اللخمي وابن رشد مع قول الشيخ خليل في الجايزات
وشرا يومها منها وكذا قول صاحب الشامل وشرا ليلتها
منها فجعلا ذلك جايزا من غير كراهة وظاهره سوا كان الزوج
هو المشتري او الضرة وكانهما اعتمدا علي قول ابن عبد السلام
ونصه

ونصه والخلاف في بيعها اليوم واليومين من ضرتها
او من زوجها قلت والاقرب الجواز اذ لا مانع سوا
جعل العوض الماخوذ في ذلك عن الاستمتاع او عن
اسقاط الحق وهو الاقرب انتهي واقتصر ابن عرفة علي
حكاية كلام ابن رشد ثم كلام اللخمي ثم قال بعده قلت
هذا خلاف تفرقة ابن رشد انتهي فكانه يشير الي
ما ذكرناه وهو ان اللخمي سوى بين شرا الرجل والضرة
الليلة الواحدة فتامله والله اعلم الخامس قال ابن عرفة
عن اللخمي وليس للامة اسقاط حقها في قسمها الا باذن
لحقه سيدها كالعزل لحقها في الولد الا ان يكون غير بالغ او
يائسة او حامل واستحسن ان اصابها مرة وانزل
ان لها ان تسقط حقها في القسم ما بينها وبين الطهر
ابن عرفة يرد باحتمال خيبتها فيها ورجائه في تكرره
انتهي والله اعلم المسيلة الخامسة الامة اذا كانت
تحت العبد وقالت اشهدوا اني متي عتقت فقد اخترت
زوجي واخترت نفسي فقال مالك في اول الرسم من سماع
اشهب من كتاب الايلا لا اري ذلك لازما لها وحكي ابن حارث
عن اصبغ ان ذلك يلزمها قال ورواه ابن نافع وسياتي
في المسيلة التي بعدها بيان الراجح من القولين المسيلة
السادسة شرط لزوجته ان تزوج عليها او تسري
او اخرجها من بلدها فامرها بيدها فتقول اشهدوا

Copyright © King Saud University

١٢

اني متي فعل زوجي ذلك فقد اخترت نفسي او اخترت زوجي
فقال مالك في كتاب ابن سحنون ذلك لازم لها وحكي الباجي
وابن يونس عن المغيرة انه لا يلزمها وقال ابن عرفة في
الكلام علي خيار المعتقة تحت العبد حصل ابن زرقون
في التسوية بين هذه المسيلة والتي قبلها في لزومها او قعناه
قبل حصول سبب خيارهما وعدمه ثالثها التفرقة المذكورة
لابن حارث عن اصبغ مع رواية ابن نافع والباجي عن
المغيرة مع فضل عن ابن حازم ومعروف قول مالك
انتهي فعلم ان التفرقة بينهما هي المعروف من قول مالك
وعلي ذلك مشي الشيخ خليل رحمه الله في مختصره في فصل
الرجعة قال ابن رشد في السماع المتقدم وهذه المسيلة
هي التي تحكى عن ابن الماجشون انه سال مالكا فيها عن
الفرق بين الحرة والامة فقال له اتعرف دار قدامة
وكانت دارا يلعب فيها بالحمام معرضا له بقلة التحصيل
فيما سال عنه وتوبيخا له علي ترك اعمال نظره في ذلك حتي
لا يسال الا في امر مشكل وهذا من نحو قوله لابن القاسم
في شي ساله عنه انت حتى الساعة ههنا تسال عن مثل
هذا ولعمري ان مثل ابن الماجشون وجلالة قدره في
فهمه لجدير ان يوبخ علي مثل هذا السوال لان مالكا لم
يفرق بين الحرة والامة كما قال وانما فرق بين خيار اوجبه
الله تعالى بالشرع علي لسان نبيه صلى الله عليه وسلم للزوجات

الاما

٥٤ او

الاما علي ازواجهن العبيد بشرط عتقهن بغير اختيار ازواجهن
بين خيار شرطه الزوج باختيار لزوجته حرة كانت او
امة والفرق بينهما ان ما خير الله عباده فيه علي شرطه
وجعله شرعا مشروعا فليس لاحد ان يسقط ما اوجبه
الله له من الخيار في ذلك قبل ان يجب له بحصول الشرط
ويوجب علي نفسه احد الامرين من الاخذ او الترك لانه
اذا فعل ذلك صار مبطلا للشرع الذي شرعه الله لعباده
في حقه وذلك مما لا يجوز ويلزم الا ترى لو ان رجلا غنيا قال
اشهدكم اني ان افتقرت فلا اخذ من الصدقات التي
اباحها الله للفقرا وان افتقرت فانا اخذ ما اوجب الله
لي من الحق فيها ثم افتقر لم يحرم عليه الاخذ ان اراد ان ياخذ
ولا يلزمه الاخذ ان اراد ان ياخذ وكان مخيرا بين الاخذ
والترك على حكم الله تعالى وما اوجبه الزوج للزوجة علي
نفسه من الخيار في نفسها بشرط بخلاف ذلك يجب اذا اختارت
نفسها او زوجها قبل حصول الشرط بشرط حصوله ان
يلزمها ذلك لانها ان اختارت زوجها فهو حق لها تركته
اذ لا يلزمها ذلك ~~لانها ان اختارت~~ قبول ما اعطاها
زوجها وان اختارت نفسها جاز ذلك عليها وعلي زوجها
ولم يكن لواحد منهما في ذلك رجوع لانه طلاق قد وقع علي
صفة يلزم بحصولها اذ لا فرق بين ان يقول الرجل امراتي
طالق ان كان كذا وكذا او تقول هي نفسها اذا ملكت الطلاق

Copyright © King Saud University

بشرط انا طالق ان كان كذا وكذا الذلك الشرط وهذا بين
والحمد لله انتهي من اول سماع اشهب من كتاب الايلا وقد
تكرر سماع اشهب في هذا الكتاب مرتين في النسخة التي
وقفت عليها من البيان وهذه المسيلة من اول سماع
اشهب الثاني وذكر ابن عرفة اول كلام ابن رشد وقال
بعده سمعت في صغري والدي رحمه الله يحكي عن بعض
الشيوخ واظنه الشيخ الفقيه ابي يحيي بن جماعة او الشيخ
الفقيه الخطيب ابا محمد البرجيني ان قوله اتعرف دار
قدامة تعريض له بتقدم دخول كان لابن الماجشون
لدار قدامة فاته به علم ما ساله عنه من الفرق ونحو هذين
الامرين قول عياض قال ابن حارث كانت لابن الماجشون
نفس ابية كلمه مالك يوما بكلمة خشنة فهجره عاما
كاملا اسمعه عليه الفرق بين مسيلتين فقال له
اتعرف دار قدامة وكانت دارا يلعب فيها الاحداث بالحمام
وقيل عرض له بالعجز انتهى وقال البرزلي قيل ان مالكا
رمى عبد الملك بن الماجشون بدار قدامة لانه نسبه
للصغر واللعب وقيل نسبه للبله لا تفامه وفته بينة
انتهى ثم قال ابن عرفة ثم قال ابن رشد الفرق بينهما فذكر
ما تقريره تخييرا لعتق موجب له شرعا فلو لزم سابق
قولها على العتق بطل التخيير به ضرورة مناقضة التخيير
اللزوم وكلما بطل التخيير بطل ما اوجبه الشرع فلو لزم سابق
قولها

قولها بطله ما اوجبه الشرع واللازم باطل قطعا واختيار
ذات الشرط قبل حصوله لما لم يكن ملزوما لابطال
ما اوجبه الشرع لزم لانه التزام على تقدير وقوعه امر
قبل وقوعه ولو التزمه بعده لزمه فكذا قبله كقول
الزوج امراتي طالق ان كان كذا ثم استشهد على لغو التزام
الامة بعتق بقوله الاتري لو ان غنيا قال ان افتقرت فلا
اخذ الزكاة التي اباح الله للفقرا وان افتقرت فانا اخذ
ثم افتقر لم يحرم اخذه ولا يلزمه ان ياخذ لان الشرع
خيره فيهما قال ابن عرفة قلت فيما فرق به نظر
من وجهين الاول انه يلزمه لغو الطلاق المعلق على العصمة
قبل حصولها كقوله ان تزوجت فلانة فهي علي حرام بيان
الملازمة ان الشرع جعل النكاح لحلية الزوجة لزوجها
فالزامه تحريمها قبلها مناقض لموجب الواجب بالشرع
الثاني مناقضة الزامها ما التزمت بما اوجبه الشرع
من خيارها وسيره ان اللزوم اللاحق لا يناقض التخيير
الاصلي كعدم مناقضة الوجوب العارض الامكان الذاتي
واستشهاده بقوله لو ان غنيا الخ يرد بان الكلام في
التزام ما يلزم غير معلق ان التزم معلقا وما جابه لا يلزم
غير معلق بحال ومن انصف علم ان سوال ابن الماجشون
ليس عن امر جلي ولذا سوى بينهما مالك مرة وبعض اصحابه
ثم قال وفرق الصقلي ايضا بان خيار الامة انما يجب لعتقها

فاختيارها قبله ساقط كالشفعة واسقاطها قبل الشرا
والمملكة جعل لها الزوج ما كان له ايقاعه وله ايقاعه معلقا
على امر فكذلك الزوجة قال ابن عرفة ينتج من هذا لزوم ما اوقعته
من طلاق لا ما اوقعته من اختيار زوجها فتامله وقول
ابن رشد لم يقع بيا بعد الراود ونصا وكلاهما صحيح انتهى
واقتصر الشيخ خليل في التوضيح على الفرق الذى ذكره ابن يونس
فقال في اواخر باب الرجعة عن بن يونس والفرق عندى
بينهما ان الامة انما يجب لها ان تختار اذا عتقت والعتق
لم يحصل بعد فقد سلمت او اوجبت شيا قبل وجوبه
لها فلم يلزم كتارك الشفعة قبل ان يستوجبها والحرة قد
اوجب لها زوجها الشرط ان فعل وملكها منه ما كان
له ان يلزمه نفسه قبل ان يفعله انتهى وعليه اقتصر
البرزلي وقال بعده فكانه قال هذا جرى سبب وجوبه
وان لم يجب والامة لم يجب ولا جرى سبب وجوبه فهو
ابعد انتهى وذكر عن بن رشد انه سيل عن الفرق بين
قول الرجل ان تزوجت فلانة فهى طالق وبين ان اشترى
فلان شقص كذا فقد اسقطت الشفعة فاجاب
بان الطلاق حق لله من الجانبين فليس لواحد منهما اسقاطه
اذا حصل موجبه والشفعة حق الادمي له الرضى والرجوع
ما لم يلزم بعد الوجوب انتهى فتامله المسئلة السابعة
اذا ابرات الزوجة زوجها من الصداق في نكاح التفويض
قبل

قبل البنا وقبل ان يفرض لها فقال ابن شاس وابن الحاجب يخرج
ذلك على الابرا مما جرى سبب وجوبه قبل حصول الوجوب
انتهى قال في التوضيح هل يلزم نظرا لتقدم سبب الوجوب
وهو هنا العقد او لا يلزم لانها اسقطت حقا قبل وجوبه
واقتصر الشيخ خليل في مختصره وصاحب الشامل على القول
بان ذلك لا يلزمها وذكر ابن عرفة كلام ابن شاس وقال بعده
قلت في ثاني وصاياها ان اجاز وارث في مرض موروثه
وصيته باكثر من ثلثه لزمه ان كان بائنا عنه ليس في عياله
وفي حمالتها ان اخر الطالب الحميل بعد محل الحق فهو تاخير
للغريم قلت فهو اسقاط للحق قبل وجوبه بعد سببه
على المشهور في شرط طلب الحميل بتعذر الاصل انتهى المسئلة
الثامنة اذا اسقطت المراة عن زوجها نفقة المستقبل
فحكى في التوضيح في لزوم ذلك قولين فانه لما وجه الخلاف
في المسئلة السابقة كما لو اسقط الشفيع شفعته قبل
الشرا وفي ذلك قولان وكالمراة اذا اسقطت نفقة المستقبل
عن زوجها هل يلزمها لان سبب وجوبها قد وجد او لا يلزمها
لانها لم تجب بعد قولان حكاهما ابن رشد يعني القفصي
وكعفو المجروح مما يؤول اليه الجرح ولاجازة الورثة الوصية
للوارث او باكثر من الثلث للاجنبي في مرض الموت وامثلة
هذا كثيرة اما ان لم يجر سبب الوجوب لم يجز بالاتفاق فحكاه
القرافي انتهى وذكر ابن عبد السلام هذه النظاير وذكر معها

مسيلة ذات الشرط والمعتقة تحت العبد ثم قال وبعض هذه
المسايل اقوى من بعض انتهى قلت واقتصر القرافي في
الفرق الثالث والثلاثين على عدم اللزوم وحكاه عن الاصحاب
ونصه المسيلة السابعة اذا اسقطت المراة نفقتها قال
الاصحاب رحمهم الله ان لها المطالبة بها بعد ذلك مع انه اسقاط
بعد السبب الذى هو النكاح وقبل الشرط الذى هو التمكن او
يقال التمكن هو السبب خاصة ولم يوجد فقد اسقطت قبل
السبب والاول عندى اظهر واسقاط اعتبار العصمة بالكلية
لا يتجه فان التمكن بدون العصمة موجود في الاجنبية
ولا يوجد نفقة والاحسن ان يقال هو من ملكه غير انه
يشق على الطباع ترك النفقات فلم يعتبر صاحب الشرع
الاسقاط لطفا بالنسا لاسيما مع ضعف عقولهن وعلى
التعليلين يشكل بما اذا تزوجته وهي تعلم بفقره قال
مالك ليس لها طلب فراقه بعد ذلك مع انه قبل العقد
وقبل التمكن والفرق ان المراة اذا تزوجت من تعلم فقره
فقد سكنت نفسها سكونا كليا فلا ضرر عليها في الصبر
على ذلك كما اذا تزوجت مجبوبا او عنينا فلا مطالبة لها لقوة
سكون النفس انتهى وقبله ابن الشاط وقال ما قاله في
هذه المسيلة ظاهر وما اختاره هو المختار وما اعتذر به
عن المذهب ظاهر وما فرق به بين هذه المسيلة ومسيلة
ما اذا تزوجته عالمة بفقره ظاهر انتهى وعلى ذلك حمل ابن غازي

ما وقع

ما وقع في بعض نسخ مختصر الشيخ خليل في فصل الصداق
اعني قوله لا ان ابرات قبل القبض او اسقطت فرضا قبل
وجوبه قلت وهذا الذى اقتصر عليه القرافي وقبله ابن
الشاط وحمل عليه ابن غازي كلام الشيخ خليل في فصل الصداق ق
مخالف لما نقله المتيطي وغيره من الموثقين ونقله ابن عرفة
عن المتيطي ان المراة اذا ارادت التطليق على زوجها الغايب
بعدم النفقة فلا بد من حلفها على انها لم تسقطها عنه ومخالف
ايضا لما ذكره الشيخ خليل في توضيحه في الكلام على مسيلة
ذات الوليين لما ذكر النظاير التي لا يفيتها الدخول قال الرابعة
التي تطلق بعدم النفقة ثم يكشف الغيب انها اسقطتها عنه
ونص ذلك ابو عمران الحوراني في نظايره فقال ومن طلقت
عليه لعدم النفقة ثم اثبت انها اسقطت عنه النفقة فهو
احق بها وان دخل بها الثاني وذكر ذلك ايضا غيره ممن
صنف في النظاير وعلى ذلك اقتصر الشيخ خليل في مختصره
لما ذكر النظاير المذكورة في فصل المفقود وكذا صاحب
الشامل وقال عبد الحق في تهذيبه في اواخر النكاح الثاني
ومن الواضحة واذا رفعت امراة الغايب امرها الى الامام
في النفقة وله مال حاضر حلفها ما ترك لها نفقة ولا بعث
اليها نفقة ولا وضعتها عنه ثم فرض لها ثم قال بعده بيسير
لما تكلم على مسيلة هبة المراة يومها لضرتها وان لها الرجوع

Copyright © King Saud University

فان بعضهم علل ذلك بكونها اسقطت شيا قبل وجوبه
فلم يلزمها كتارك الشفعة قبل وجوبها ما نصه في هذه
العلة نظر الا ترى انها لو تركت له المطالبة بنفقة حملها
او بنفقتها هي بنفسها فيلزمها ذلك وان كانت النفقة
المستقبلة لم تجب بعد وانما تجب عليه ما احتاجت
للوقت والحال انتهى ونقله ابو الحسن وقبله وقد تقدم
ذكره في المسيلة الرابعة فالذي تحصل من هذا ان المراة
اذا اسقطت عن زوجها نفقة المستقبل لزمها ذلك
علي القول الراجح والله اعلم وقال البرزلي في اواخر مسايل
الانكحة وسيل ابو زكريا البرقي عمن التزمت له زوجته
انها لا تطلبه بنفقة ما دام غايبا عنها ولم يخرجها
من بلدها وهي بسفاقس فغاب عنها ومستقره تونس
فطول الغيبة ولم تعلم اين هو فرفعت امرها وشكت
الضرورة بعدم النفقة وطول الغيبة هل لها قيام
الضرورة وتطلق ام لا فاجاب اسقاط النفقة بشرط
عدم الخروج بها من بلدها لها الرجوع في الاسقاط وله
اخراجها هذا ظاهر المذهب واجاب البرجيني
بانه يسال الشهود بينهما فان فهموا الغيبة طالت او
قصرت او يعلموا الغيبة المعتادة الي الموضع المعتاد له
واقامته فيه او موضع قريبا منه لا سيما ان كانت غيبة
معتادة

معتادة مستمرة معروفة فهذه قرينة تدل علي قول المراة
ويعضده فهم الشهود بذلك فما يفهم منهما يحمل عليه
المسئلة التاسعة اذا اسقطت الحاضنة حقها
في الحضانة قال المشذالي في كتاب الشفعة وتسليم
الشفعة قبل الشرا قال لي ابن عرفة الفتوى عندنا فيمن
خالع زوجته علي ان تسقط هي وامها الحضانة انها
لا تسقط في الجدة لانها اسقطت ما لم يجب لها ثم قال
المشذالي قال المتيطي ذكر ابن العطار في وثايقه في عقد
تسليم الام ابنها الي ابيه وعلي ان سلمت اليه ابنها منه
واسقطت حضانتها فيه وقطعت امها فلانة او اختها
فلانة حقها فيما كان راجعا اليها من حضانته وانتقد
ذلك ابن الفخار وقال الصواب ان يقال ثم قطعت حجتها
فيما كان راجعا اليها من حضانته فدل بها اللفظ علي ان
الجدة قطعت حجتها بعد ان وجب لها ذلك واما بالواو
التي لا تفيد رتبة فلا لانها قطعت حجتها قبل وجوب
الحضانة لها ولا يلزمها والله اعلم قال المشذالي وتفرقة ابن
الفخار بين العاطفين ضعيفة في المعنى فتامله ثم قال
المتيطي وهذا اصل مختلف فيه فيما وقع له في المدونة
في غير كتاب منها انتهى فعلم منها ان الراجح الذي عليه الفتوى
في اسقاط الحضانة قبل وجوبها عدم اللزوم تنبيهات
الاول ليس من ذلك اسقاط الام حقها في الحضانة في حال العصمة

Copyright © King Saud University

كما يفهم من الكلام السابق وقد قال في المدونة وغيرها انه
يجوز المخلع على اسقاط حضانتها والا كان حكمها في
ذلك حكم الجدة والخالة وايضا فالحضانة واجبة للام في
حال العصمة قال ابن عرفة في باب الحضانة ومستحقها
وابو الولد زوجان هما وفي افتراقهما اختلاف الاول
الام الخ وعد اللخمي في الشروط المناقضة لمقتضى العقد
ان تتزوج المراة على ان لا يكون الولد عندها وانه ان
تزوجها على ذلك فسخ النكاح قبل الدخول وصح بعده ويسقط
الشرط وليس المراد ولدها من غيره لان شرط ذلك صحيح
لازم اذا كان للولد حاضن غيرها كما ذكره الشيخ خليل
في مختصره الثاني اذا خالع الزوج زوجته على اسقاط
حضانتها وهي حامل فالظاهر ان ذلك لازم لها كما يوخذ
ذلك مما وقع في رسم تاخير صلاة العشا من سماع ابن
القاسم من طلاق السنة ونصه وسيل مالك عمن صالح
امراته وهي حامل وشرط عليها ان لا نفقة عليه حتى
تضع فاذا وضعت حملها اسلمته الى ابيه فاذا طلبته
بذلك فهي امراته قال مالك الصلح جايز وكلما شرط عليها
جايز الا ما اشترط انها ترجع اليه فليس ترجع اليه
وقد بانت منه قال ابن رشد هذا كله كما قال لان ما شرط
عليها حق لها فجاز ان يشترطه عليها حاشا الرجعة انتهى

والظاهر

والظاهر ان هذه المسيلة ليست من باب اسقاط الحضانة
قبل وجوبها القول ابن رشد ان ذلك حق لها والله اعلم
الثالث قال المشدالي في كتاب الشفعة قال المتيطي
الذي عليه العمل وقاله غير واحد ان الام اذا اسقطت حقها
في الحضانة بشرط في عقد المبارات ان ذلك يرجع الى الجدة
والخاله وقاله ابو عمران وقال غيره من القرويين يسقط
بذلك حق الجدة والخالة ولا كلام لهما في ذلك والله اعلم الرابع
اذا قلنا لا يلزمها اسقاط الحضانة قبل وجوبها فلا فرق
بين ان يسقط ذلك بعوض او بغير عوض واما اذا اسقطت
الحضانة بعد وجوبها فذلك لازم لها وسوا اسقطت ذلك
بعوض او بغير عوض كما تقدم ذلك في كلام ابن رشد في النوع
الخامس من الباب الثالث الخامس اذا اعتقت الامة
على ان اسقطت حضانتها فروى عيسى عن ابن القاسم ان
ذلك لا يلزمها وكذلك روى ابو زيد عن بن القاسم وروى
ابن المواز عن بن القاسم ان ذلك يلزمها وسياتي الكلام في ذلك
في المسلة الثانية عشر المسئلة العاشرة اذا قال شخص لاخر
ان قتلتني فقد وهبت لك دمي او فقد ابراتك فحكى ابن الحاجب
في ذلك قولين قال قال ابن القاسم واحسنهما ان يقتل بخلاف
عفوه بعد علمه قال في التوضيح هذا الذي نسبه المصنف
لابن القاسم وذكر في الجواهر بان ابا زيد رواه عن بن القاسم
وهو في العتبية لسحنون ونصها سيل سحنون عن الرجل

Copyright © King Saud University

يقول ياليتني اجد من يقتلني فقال له رجل اشهد على نفسك
انك وهبتني دمك وعفوت عني وانا اقتلك فاشهد على
ذلك فقتله فقال لي قد اختلف في ذلك اصحابنا واحسن
ذلك ان يقتل القاتل لان المقتول عفى عن شي لم يجب له وانما
يجب لاوليائه ولا يشبه من قتل فادرك حيا فقال اشهدكم
اني قد عفوت عنه قيل له فلو قال اقطع يدي فقطع
فقال لا شي عليه لان هذا ليس بنفس وانما هو جرح انتهى
والمسيلة في اواخر نوازل سحنون من كتاب الديات قال
في البيان وفيها ثلاثة اقوال احدها قول سحنون والثاني
انه لا شي على القاتل لان المقتول قد عفا له عن دمه فسقطت
عنه تباعته على القول بجواز اسقاط الحق قبل وجوبه والثالث
انه لا يقضى فيه لشبهه عفو المقتول له عن دمه وتكون
عليه الدية في ماله وهذا القول اظهر الاقوال انتهى وذكر
ابن عرفة الاقوال الثلاثة التي ذكرها ابن رشد ثم قال قلت
في النوادر عن ابي زيد عن بن القاسم مثل سحنون وقال
الصقلي في كتاب الجعل والاجارة روى سحنون عنه من قال
لرجل اقتلني ولك الف دينار فقتله لا قود عليه ويضرب ماية
ويحبس عاما ولا جعل له وقال يحيى ابن عمر للاوليا قتله وعلله
بما تقدم قال ولو قال اقتل عبدي ولك كذا وكذا او بغير شي
فقتله ضرب ماية وحبس عاما وكذلك السيد يضرب
ويحبس واختلف هل يكون له على القاتل قيمة العبد او لا والصواب

ان

ان لا قيمة عليه كما لو قال احرق ثوبي ففعل لا غرم عليه قال
ابن عرفة قلت ما نقله الصقلي عن سحنون خلاف ما تقدم
عنه في العتبية ولم يحك ابن رشد عنه خلافا في الشيخ وروى
ابن عبدوس من قال لرجل اقطع يدي او يد عبدي عوقب
المامور ان فعل ولا غرم عليه في الحر ولا في العبد ابن حبيب
عن اصبغ يغرم قيمة العبد لحرمة القتل كما يلزمه دية
الحر اذا قتله باذن وليه انتهى قلت وفي الكلام الاخر
سقط ونص ما في النوادر ومن المجموعة لمالك ومن قال
لرجل اقطع يدي او يد عبدي او افقا عينيهما عوقب
المامور ان فعل ولا غرم عليه في الحر ولا في العبد قال ابن حبيب
عن اصبغ من امر رجلا بقتل عبده ففعل فانه يلزمه قيمته
لحرمة القتل كما يلزمه دية الحر اذا قتله باذن وليه فعفا
عنه ويلزم المامور والامر ضرب ماية وحبس سنة انتهى
من كتاب الديات تنبيهان الاول تعليلهم القول
الاول في مسيلة ان قتلتني فقد ابراتك بانه اسقاط الحق
قبل وجوبه لا يتم ذلك لانهم الزموه بالعفو في مسيلة قطع
اليد وفيها ايضا اسقاط الحق قبل وجوبه ولم ار فيها خلافا
ويمكن ان يفرق بينهما بان الحق في مسيلة القتل للاوليا
فهو اسقاط لحق الغير بخلاف مسيلة قطع اليد فان الحق
له واما مسيلة قتل العبد فقد تقدم الخلاف فيها وان الصواب
انه لا قيمة للسيد لشبهها بمسيلة قطع اليد وراعى في القول الاخر

حرمة القتل كما تقدم وقال ابن رشد في سماع سحنون من كتاب
الجنايات قول اصبغ اغرمه لحرمة القتل ليس بجيد لان اغرامه
القيمة انما هو من باب العقوبة بالمال واذا عاقب القاتل
بغرم ما لم يجب عليه فالسيد احق ولا يعطي القيمة لجرمه
في الامر بقتل عبده ولو قال اصبغ انما اغرمه القيمة لاسقاطها
السيد قبل وجوبها له اذ لا يجب عليه الا بعد قتل العبد
لكان له وجه لان لزوم اسقاط الحق قبل وجوبه اصل
مختلف فيه والله اعلم الثاني قال في النوادر اثر كلامه السابق
قال علي عن مالك فيمن انكح عبده حرة على ان لا تباعة لها فيما
شجها به ان شجها فلا يجوز هذا ولها طلب حقها انتهي
قلت وهذه المسيلة قد يقال انها معارضة لمسيلة
قطع اليد لكن انما يسرى ذلك من ظاهر قول الشيخ خليل
في مختصره ان قتلتني فقد ابراتك فقد يتوهم ان مسيلة
قطع اليد هي ايضا ان يقول ان قطعت يدي فقد ابراتك
واما على ما في العتبية والنوادر فيمكن ان يفرق بينهما
بانه في مسيلة قطع اليد قال له اقطع يدي واذن له
واما في المسيلة فلم تاذن المراة لزوجها في ان يشجها واما
ان اشهدت انه ان فعل بها ذلك فلا تباعة لها عليه ولا
شك ان هذا اضعف من الاول والله اعلم المسيلة
الحادية عشر اذا عفا المجروح عما آل اليه جرحه تقدم
في المسيلة الثانية في اسقاط المراة نفقتها قبل وجوبها

عن

عن التوضيح ان الخلاف جار في ذلك والذي في المدونة وغيرها
ان ذلك لازم قال في كتاب الديات من المدونة وان قطع
يده عمدا فعفا عنه ثم مات منها فلاوليايه القصاص
في النفس بقسامة ان كان عفوه عن اليد لا عن النفس
وللمقتول ان يعفو عن قاتله عمدا وكذلك في الخطا ان
حمل ذلك الثلث قال الشيخ ابو الحسن ان قال عفوت عن
اليد لا اشكال وان قال عفوت عن اليد وما ترامي
اليها من نفس او غيره فلا اشكال وان قال عفوت فقط
فهو محمول على انه عفا عما وجب له في الحال وهو قطع اليد
انتهي وقال في النوادر في اوايل كتاب الديات ومن المجموعة
قال ابن القاسم واشهب ومن قطع يد رجل عمدا او خطا
فعفا عنه ثم مات من القطع فان عفا عنه عن الجرح لا عن
النفس ففيه القود من النفس في العمد والدية في الخطا
وذلك بقسامة قال اشهب ولو قال في عفوه عفوت
عن الجرح وما ترامي اليه او عن كل ما ترامي اليه فذلك
لازم ولا قود فيه ولا دية اذا اخرجت الدية من ثلثه
وقال بعده في الجزء الثالث من الكتاب ومن كتاب ابن
المواز واذا عفا المجروح عن جرحه العمد ثم ترا فيه فمات
فلاوليايه ان يقسموا و يقتلوا الا انه لم يعفو عن النفس
قال اشهب الا ان يقول عفوت عن الجرح وعن ما ترامي
اليه فيكون عفوا عن النفس انتهي وقال قبله ومن المجموعة

Copyright © King Saud University

ونحوه في كتاب ابن المواز قال ابن القاسم وابن وهب وغيره
عن مالك في المقتول يعفو عن قاتله عمدا في وصيته
فذلك له دون اولياه قال عنه ابن نافع الا في
قتل الغيلة قال في كتاب ابن المواز ويجوز عفو المقتول
عن دمه العمد وان كره ذلك وليه وكذلك الا قوله لغرمايه
وان احاط الدين بماله انتهى ولم يحكوا في ذلك خلافا وقال
القرافي في الفرق الثالث والثلاثين في القصاص له سبب
وهو انفاذ المقاتل وشرط وهو زهوق الروح
فانه عفى عن القصاص قبلهما لم يعتبر عفوه وبعدهما
متعذر لعدم الحياة المانع من التصرف فلم يبق الا بينهما
فينفذ اجماعا فيما علمت انتهى قلت ولم اقف
على القول الثاني بعدم اللزوم الا ما حكاه في التوضيح
كما تقدم نعم وقع الخلاف فيما اذا اصالح على الجرح وما
ترامى اليه وكان الجرح من جراح العمد التي فيها القصاص
فظاهر المدونة الجواز ونص عليه ابن حبيب في الواضحة
ونص ابن القاسم في العتبية على المنع قال في البيان
والجواز اظهر لانه اذا كان للمقتول ان يعفو عن دمه
قبل موته جاز ان يصالح عنه بما شاء واما جراح العمد
التي لا قصاص فيها فلا يجوز فيها الصلح على ذلك قال
في البيان لا اعرف فيها نص خلاف قاله في رسم اسلم من
سماع عيسى من كتاب الديات ونقله في التوضيح في اخر كتاب

الجراح

الجراح قبل الكلام على الديات بيسير ويوخذ من كلامه ان عفوه
لازم بلا خلاف لاحتجاجه به **تنبيهات الاول**
كلام القرافي يقتضي ان العفو انما يلزم اذا وقع بعد انفاذ
المقاتل ولم ار ذلك في كلام غيره بل كلام المدونة والنوادر
المتقدم يدل على ان ذلك ليس بشرط لان فرض المسيلة
فيهما فيمن قطعت يده وقطع اليد ليس من المقاتل وكذلك
قوله في النوادر واذا عفا المجروح عن جرحه ظاهره سوا
كان انفذ المقاتل او لم ينفذ وكذلك عبارة غيرهما من كتب
المذهب بل عبارة القرافي في الذخيرة كعبارة النوادر
الثاني لو عفا عن قاتله على الدية او اوصى ان يعفى عن
قاتله على الدية لزم ورثته كما يفهم من كلام ابن القاسم
في رسم من سماع اصبغ من كتاب الوصايا
الثالث عكس هذه المسيلة اذا اوصى ان لا يعفا عن
قاتله وان يقتل فهو للورثة ان يخالفوه ويعفوا او ياخذوا
او ياخذوا الدية قال الشيخ ابو الحسن توقف في ذلك ابو عمران
وقال اللخمي قال اصبغ في كتاب ابن حبيب ان ثبت القتل
ببينة لم يكن للاوليا ان يعفوا وان ثبت بقسامة
منهم كان لهم العفو لامكان ان يكون عفوهم لشبهة دخلت
عليهم في ايمانهم انتهى قلت المسيلة منصوصة في النوادر
ذكر فيها قولين قال قال اشهب فيمن قال دمي عند فلان
فاقتلوه ولا تقبلوا منه دية فاراد الورثة اخذ الدية فليس

ف
بـ اول رسم

Copyright King Saud University

لهم ذلك وان اقسموا ثم عفى بعضهم لم يجز عفوهم وان نكل
بعضهم فلا قسامة فيه حتى يقسموا جميعا ثم قال بعد
ذلك عن اصبغ ما ذكره اللخمي عن اصبغ الرابع
قال في النوادر ذكر ابن حبيب قال اصبغ من قتل عمدا
فوكل رجلا فوض اليه امر دمه واقامه فيه مقام نفسه
فعفا عن الدم وابى الاوليا او عفوا وابى الوكيل فان ثبت
الدم ببينة فالامر للوكيل في العفو والقتل وان استحق
بقسامة فالعفو والقتل للولاة قلت هذا هو الجاري
على قول اصبغ السابق والجاري على قول اشهب ان
الامر فيه للوكيل لان الوكيل قايم مقامه وقد ذكر في
الفرع السابق انه لا كلام للاوليا اذا اوصى بالقتل ولو
ثبت بقسامة فتامله والله اعلم واقتصر في الذخيرة
على قول اصبغ في الفرع المسيلة الثانية عشر
اذا اعتق امته على ان تتزوجه لزمه العتق ولا يلزمها
النكاح قال في كتاب العتق الثاني من المدونة ومن اعتق
امة على ان ينكحها او تنكح فلانا فامتنعت فهي حرة
ولا يلزمها النكاح الا ان تشا قال ابو الحسن قال ابن
يونس انما قال ذلك لان الامة اذا اعتقت سقط اجبار
السيد اياها فقد اسقط بذلك حقها من الخيار قبل ثبوت
ذلك الحق لها واسقاط الحق قبل وجوبه لا يصح كالشفيع
اذا اسقط حقه من الشفعة قبل بيع الشقص وقوله

لا يلزمها

في عفو وكيل من رجلا
لا كلام للوارث

١٠٥

لا يلزمها النكاح الا ان تشا يريد بعد عقد ثان بان العقد الاول
فيه خيار انتهى كلام ابي الحسن تنبيهان الاول
قال في الوثايق المجموعة ولا يجوز هذا النكاح الا بعد تمام
العتق وملك المراة نفسها فان شرط عليها النكاح قبل
العتق ثم نكحها ودخل بها فسخ وكان لها الصداق
المسمى وله بعد ذلك نكاحها ان شا بعد الاستبرا من
النكاح الاول انتهى الثاني قال الباجي اذا اعتقت الامة
على ان تركت حضانة ولدها فروى عيسى عن ابن القاسم
انه يرد اليها بخلاف الحرة تصالح الزوج على تسليم الولد اليه
لانه يلزمها وروى عنه ابو زيد ان الشرط لازم كالحرة
انتهى من كتاب الاقضية في ترجمة القضا بالحضانة وما
ذكره عن سماع عيسى هو في رسم اوصى من سماع عيسى
من كتاب التخيير وفرضها في ام الولد وذكر ابن رشد
القولين لكنه عزاه لسماع ابي زيد مثل سماع عيسى
واستظهره وعزا القول الثاني لرواية ابن المواز عن ابن
القاسم ذكر المسيلة ايضا في سماع ابي زيد من كتاب العتق
وفيه ان الولد يرد اليها مثل ما في سماع عيسى واعاد ابن
رشد ذكر القولين وترجيحهما بانهما مبنيان على انه وقع
الاسقاط مقدما على العتق او بعده قال والاظهر من
جهة القياس ان ذلك لا يلزمها لانهما وقعا معا فوقع كل
واحد قبل كمال صاحبه وعلى هذا الاصل وقع الاختلاف في الرجل

Copyright © King Saud University

يعتق امته علي ان تتزوجه والاظهر من جهة المعنى ان ذلك
يلزمها لانها اختارت عتقها علي حضانة ولدها كما اختارت
الزوجة نفسها علي ذلك فوجب ان يستويا انتهى فظهر ان
القول بعدم اللزوم ارجح لكونه الموافق لمذهب المدونة
في مسيلة اشتراط النكاح والله اعلم وكذلك ان قال الرجل
للرجل لك علي الف درهم علي ان تعتق امتك وتزوجنيها
فاعتقها فهي حرة ولها ان تنكحه والالف لازمة للرجل
قال الشيخ ابو الحسن ظاهره ان الالف لازمة كلها وقال ابن
المواز الا ان يتبين انه زاد علي قيمتها لموضع النكاح
فيرد عليه ما زاد علي قيمتها وقاله اصبغ واستحسنه
قال الشيخ ابو الحسن وظاهر كلام ابن يونس انه ساق كلام
محمد مساق التفسير وحمله عبد الحق على الخلاف فقال
بعد ذكره كلام محمد واستحسان اصبغ ووقف محمد عن
قوله فيها واستحسان قول اصبغ وزاد ان قول مالك
اصوب وان ذلك المال في الحرية قليلا كان او كثيرا
ولا يدخل الاستثنا في شي من الثمن انتهى كلام ابي الحسن
قلت زاد عبد الحق في النكت بعد قوله ولا يدخل
الاستثنا في شي من الثمن ما نصه مثل لو قال له اعتقها
ولك علي ثلاثين دينارا ادفعها اليك واستثني لي منها
خدمة عشر سنين فاعتقها علي ذلك لم يكن عليها من الخدمة
شي ولا يرجع علي السيد بما دفع عن الخدمة بشي الا ترى ان

من

من اشترى نخلا وفيها ثمر قد ابر قبل ان يطيب بماية دينار
فطاب عنده فاصابته جايحة انه ليس علي البايع في ذلك
جايحة وان كان ثمن اصل النخل قليلا اربعين دينارا
او اقل فاتمه ماية دينار للثمرة لم ينظر في شي من الثمرة
ولم يحكم فيه بجايحة لان الثمن كله انما يقع للاصل والثمر
تبع انتهى قلت وحمل اللخمي ما في كتاب محمد علي الخلاف
وجعل في المسيلة ثلاثة اقوال ونصه اذا قال اعتق
جاريتك وزوجنيها ولك علي الف درهم ففعل وابت
الجارية ان تتزوجه فقال مالك الالف لازمة للرجل وللامة
ان لا تتزوجه وقيل للسيد من الالف قيمة الامة وقال
اصبغ تفض الالف علي قيمة الامة وصداق المثل فيكون
للسيد ما قابل الامة والقول الاول احسن لان قوله لك
الف يقتضي ان تكون الالف للسيد فان رضيت بالنكاح
كان لها صداقها غير ما اخذ السيد الا ان يكون القايل
يجهل ويظن ان الصداق يكون للسيد فتفض الالف
علي قيمة الرقبة وصداق المثل ينظر الى قيمتها اذا بيعت
بشرط وليس قيمتها اذا بيعت علي البايع لمالكه ولو
قال اعتقها وزوجنيها علي الفه لفضت الالف علي حساب
ما تقدم وذلك بخلاف ذلك ولك الف انتهى بلفظه وما
قاله اللخمي ظاهر والله اعلم المسيلة الثالثة عشر من
اسقط يمينا قبل وجوبها كما اذا اشترط السلف علي المتسلف

Copyright © King Saud University

انه مصدق دون يمين اذا ادعى انه قضاه وقد تقدم الكلام
على ذلك في الباب الاول المسيلة الرابعة عشر من اسقط
حقه من القيام بالعيب قبل ان يعلم به لا يلزمه قال ابن سلمون
في اول البيوع وان التزم ان لا يقوم بعيب فلا يلزمه ذلك وله
القيام اذا وجد عيبا الا ان يسمى له كما تقدم انتهى وسنذكر
هذه المسيلة في الفصل الثاني ان شاء الله تعالى المسيلة الخامسة
عشر اذا اخر صاحب الدين الضامن بعد حلول الحق فهو
تاخير للغريم كما تقدم في المسيلة السابعة في كلام ابن عرفة
عن المدونة في كتاب الحمالة المسيلة السادسة عشر
من اسقط القيام بالجايحة بعد عقد البيع وقبل حصول
الجايحة لم يلزمه ذلك قال في المقدمات في الكلام على الشروط
في البيع من كتاب البيوع الفاسدة وسياتي لفظه ان
شاء الله تعالى في الفصل الثاني المسيلة السابعة عشر
اذا اسقط العهدة قبل عقد البيع اذا كانت العادة جارية
بها فقيل يوفى بذلك وقيل لا يوفى وسياتي هذه المسيلة
في الفصل الثاني ان شاء الله تعالى تنبيهان الاول
نظم بعضهم هذه المسايل المذكورة فقال
واسقاط حق المرء قبل وجوبه ... حكى فيه خلفا اهل مذهب مالك
ويجري على هذا الخلاف مسايل ... يحققها اهل النهى والمدارك
شريك تطوعا باسقاط شفعة ... وذلك منه قبل بيع المشارك
وتارك ارث او مجيز وصية ... بصحة موروث له غير هالك

كذلك

وكذلك من امضى وصية منفق ... عليه مريض قد غدا في المهالك
وراضية بالهجر ليلة وصلها ... ومن بعد امسى سنها غير ضاحك
ومختارة من قبل عتق لنفسها ... تروم فكاكا من فتى متماسك
وتاركة للشرط من قبل عقدها ... تشكت بحال بعد ذلك حالك
ومسقطة حق الحضانة لم يجب ... كذا حكمه فلتحذر مقالة افك
وعاف صحيح قبل قتل بناله ... تجاوز عن جان عليه وفاتك
وقد كملت تسعا واحكم نظمها ... فحمد الله سهل المدارك
على انني ان الف بعد زيادة ... فلست لها يا صاح يوما بتارك
ونسب الشيخ شمس الدين التتاءي في شرح الارشاد هذه الابيات
للدماميني وزاد بعدها ثلاثة ابيات فقال
ومسقطة الانفاق قبل وجوبه ... ومنكحة التفويض تاخير ناسك
اذا ابرات من قبل فرض لها ومن ... عفا عن مال الجرح قبل المهالك
وربة شرط واحدا ومعدد ... اذا ابرات قبل الوقوع لماسك
الثاني هذا الخلاف في اسقاط الحق قبل وجوبه وليس لاحد ان
ياخذ الحق قبل وجوبه بلا خلاف قال في الرسم الاول من سماع
اشهب من طلاق السنة في الذي يقول ان طلقت امراتي
يوما من الدهر فقد ارتجعتها ثم طلقها فقال لا ارى ذلك
من قوله حتى يرتجعها بعد الطلاق قال محمد ابن رشد هذا
كما قال لان الرجعة لا تكون الا بنية بعد الطلاق لقوله تعالى
لعل الله يحدث بعد ذلك امرا والفرق من جهة المعنى بين
الطلاق قبل النكاح والرجعة قبل الطلاق ان الطلاق

Copyright © King Saud University

حق على الرجل والرجعة حق له فالحق الذي عليه يلزمه من التزمه
والحق الذي ليس له ان ياخذه قبل ان يجب له ولا اختلاف
في انه ليس لاحد ان ياخذ حقا قبل ان يجب وانما اختلفوا
في اسقاطه قبل وجوبه كالشفعة له ان يسقطها قبل وجوبها
على اختلاف وليس له ان ياخذها قبل وجوبها باتفاق انتهى
وقد تقدم الخلاف في الامة اذا اختارت نفسها بتقدير
فعل زوجها ذلك الشرط الا ان يقال هذا كله من اسقاط
الحق قبل وجوبه لان الحق الواجب لهما الخيار بعد حصول
العتق والشرط وبالتزام احد الامرين يسقط الخيار
فتامله **تنبيه** ذكر في التوضيح عن سحنون فيمن
قال لزوجته ان دخلت الدار فانت طالق ثم اراد سفرا
وخاف ان تحنثه في غيبته فاشهد ان دخلت الدار
فقد ارتجعتها انه لا ينتفع بذلك ولا تكون رجعة
ومشى على ذلك في مختصره فقال لا ان قال من يغيب
ان دخلت فقد ارتجعتها والله اعلم

الفصل الثاني في الشروط المناقضة لمقتضى العقد وفيه مسايل المسلة الاولى

في الشروط المتعلقة بالنكاح **الشروط** في النكاح على ثلاثة اقسام
القسم الاول ما يقتضيه العقد كشرط ان ينفق على الزوجة
او يكسوها او يبيت عندها او يقسم لها او لا يوثر عليها
او لا يضر بها في نفقة ولا في كسوة ولا في عشرة فذلك جايز

لا يوقع

لا يوقع ذكره في العقد خللا ولا يكره اشتراطه ويحكم به سوا شرط
او ترك فوجوده وعدمه سوا **القسم الثاني** ما يكون مناقضا
لمقتضى العقد كشرطه على المراة ان لا يقسم لها او ان يوثر عليها
او ان لا ينفق عليها او لا يكسوها او لا يعطيها ولدها او لا ياتيها
ليلا او لا يطيها نهارا او لا ارث بينهما او على ان احد الزوجين
بالخيار او على ان الخيار لغيرها او على انه ان لم يات بالصداق
لكذا فلا نكاح بينهما او على ان امرها بيدها متى شاءت او على
ان الطلاق بيد غير الزوج فهذا القسم لا يجوز اشتراطه في
عقد النكاح ويفسد به النكاح ان شرط فيه ثم اختلف
في ذلك فقيل يفسخ النكاح قبل الدخول وبعده وقيل يفسخ
قبل الدخول ويثبت بعده ويسقط الشرط وهذا هو
المشهور وقيل ان اسقط مشترط الشرط شرطه صح النكاح
وان تمسك به فسخ **تنبيه** من هذا القسم ما يقتضي
الفسخ مطلقا قبل البنا وبعده **قال** في كتاب النكاح الثاني
من المدونة من زوج امته وشرط ان ما ولدت فهو حر
لم يقر على هذا النكاح ويكون لها ان دخل بها المسمى **قال**
ابن يونس **وقال** بعض فقهاينا **وقيل** لها صداق المثل
وهو ابين لان الصداق وقع للبضع ولحرية الولد وما
يخص كل واحد من ذلك مجهول فوجب لذلك صداق
المثل **قال** ابن يونس وجه القول الاول ان الصداق
انما وقع للبضع المتيقن والولد قد يكون وقد لا يكون

قال ابن المواز عن مالك نكاحها يفسخ قبل البنا وبعده سوآ
زوجها من حرا وعبد له او لغيره ويكون الولد حرا وولاوه
لسيد الامة الذى اعتقه انتهى ونقل ابن عرفة المسيلة
بلفظ وفي ثاني نكاحها من زوج امته علي ان ما ولدته حر
لا يقر نكاحها بحال ولو دخل ولها المسمى ثم قال وقول
ابن عبد السلام لم ينص في المدونة علي فسخه بعد البنا
انما قال فيها لا يقر هذا النكاح يرد بسابق نصها ولعله
اغتر بلفظ ابي سعيد المنتقد بترك امرهم وقال ابن
رشد لا خلاف في فسخه ابدا الا ان يدخله الخلاف انتهى
قلت يعني ان الخلاف يدخله تخريجا من الخلاف في النكاح
المقرر بشرط لا يحل وما ذكره ابن عرفة هو نص الام قبل
ترجمة نكاح التفويض وهذا الموضع لم ينبه عليه
عبد الحق في التعقيب علي التهذيب فرع ثم قال
ابن عرفة اللخمي روى محمد من زوج امته علي ان اولادها احرار
فسخ نكاحه ولو بني واولاده احرار وولاوهم لسيدهم ولا
قيمة علي ابيهم فيهم محمد ان باعها بعد ذلك وهي غير حامل
فولدها رقيق وكذا ان لم يبعها وفسخ الشرط او تفاسخاه
او رجع فيه قبل حملها لانه رضي بفاسد رد قبل وقوعه
انتهى قلت ظاهر كلام ابن عرفة ان هذا جميعه لمحمد
والذي نقله اللخمي عن محمد انما هو قوله ان باعها السيد بعد
ذلك وهي غير حامل كان ما ولدت عند المشتري رقيقا وهو المنقول

عنه

عنه في النوادر ثم قال اللخمي بعده وكذلك ارى ان لم يبعها وفسخ
الشرط او تفاسخاه او رجع السيد فيه وكان ذلك قبل الحمل
فهو رقيق لانه رضي بفاسد رد قبل وقوعه فلم يلزم انتهى
فقوله وكذلك ان لم يبعها الخ انما هو من كلام اللخمي وهو
ظاهر ان كان مراده انهما تفاسخا النكاح واما ان كان
مراده ان السيد فسخ الشرط ورجع عنه مع بقا الزوجين
علي النكاح كما يظهر من اخر كلامه ففيه نظر فتامله وعلي
تقدير ان ذلك له فلا يوخذ منه ان للسيد الرجوع عن
ذلك فيما اذا تبرع بذلك لامته ولم يشترط عليه في نكاحها
كما نبهت علي ذلك في الباب الاول لانه علل ذلك بان الشرط
فاسد فرع قال اللخمي وان استحقت الامة اخذها
المستحق وجميع ولدها ورد عتق ما كانت ولدت قبل
رد السيد لان العتق من السيد ليس من الاب الواطي
فاذا استحق الولد كان للمستحق ان يرد العتق انتهى
فرع فان زوجها علي ان اول ولد تلده حر فقال
ابن القاسم في رسم الجواب من سماع عيسى وفي رسم الكبش
من سماع يحيى من كتاب النكاح انه يفسخ النكاح ايضا ابدا
علي كل حال وان طال وقال ابن الماجشون في الواضحة انه
يفسخ قبل البنا وبعده ما لم تلد اول ولد فان لم يفسخ حتى
ولدت كان حرا وثبت النكاح لان الشرط قد ذهب قال ابن
رشد في رسم الجواب المذكور وقوله ياتي علي رواية ابن القاسم

Copyright King Saud University

عن مالك في المدونة في نكاح المريض والمريضة انهما اذا صحا قبل
الفسخ ثبتا على نكاحهما اللخمي وحكمهما كما تقدم فيجوز عند
ابن القاسم ولسيدها ان يبيعها وان يصدقها ما لم تحمل باول
ولد ويكون الولد رقيقا بعد ذلك واما ان حملت فلا يجوز له
ذلك الا ان يرهقه دين فتباع عليه في دينه وقيل لا تباع
في الدين وقد اطال ابن رشد الكلام في ذلك وفي جواز قسمتها
اذا مات سيدها وهي حامل وفي الكلام على ما اذا باعها سيدها
وهي حامل او اصدقها لزوجته فراجع ذلك ان اردته في رسم
الجواب المذكور فرع اذا زوج امته عبد غيره على ان
ما تلده الامة بين السيدين فروى محمد عن مالك ان
النكاح يفسخ قبل البنا وبعده ويكون الولد لسيد الامة
وحكى ابو الفرج ان الولد بينهما نقله ابن عرفة وغيره قالوا
ويجب لها بالدخول مهر المثل قال بعض القرويين ان زاد
مهر المثل على المسمى فعلى رواية محمد يسقط الزائد وعلى
قول ابي الفرج لا يسقط لحصول غرض الزوج والله اعلم

الفسم الثالث: ما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه

وللزوجة فيه غرض كشرطه ان لا يتزوج عليها او ان لا يتسرى
او ان لا يخرجها من بلدها او من بيتها او ان لا يغيب عنها
فهذا النوع لا يفسد به النكاح ولا يقتضي فسخه لا قبل
الدخول ولا بعده فان شرط الزوج شيا من ذلك في العقد
او بعده فلا يخلو اما ان يعلقها بطلاق او عتق او تمليك
اولا

في عدة الامة بين السيدين

اولا فان علقه بطلاق او عتق او تمليك لزمه ذلك كقوله ان
تزوجت عليها فهي طالق او فالزوجة طالق او فامرها
بيدها او بيد ابيها او غيره او امر الداخلة بيد الزوجة الاولى
او بيد ابيها او ان تسريت عليها فالسرية حرة او نحو ذلك
وسوا كانت اسقطت من صداقها لذلك شيا او لم يسقط وسوا
شرطت ذلك في عقد النكاح او تطوع به الزوج فان فعل شيا
من ذلك لزمه ما شرط ولا ترجع عليه بما اسقطته من صداقها
لذلك لان مقصودها قد حصل كما لو قالت له اسقطت عنك
مايه من صداقي على انك ان تزوجت علي فانا طالق او فالزوجة
طالق فان تزوج عليها لزمه الطلاق ولا رجوع لها بما اسقطته
واختلف في جواز النكاح على ذلك ابتدا ففي الموازية قال لا يحل
الشرط ابتدا فان وقع جاز النكاح ولزم الشرط وقال ابن القاسم
يكره العقد على ذلك وقال اللخمي اجاز ذلك سحنون ابتدا او زوج
غلامه امته على انه ان سرق زيتونه كان امر امراته بيده
وانكر ابن بشير على اللخمي وجود هذا القول وقال فعل سحنون
لا يدل على ان مذهبه الجواز لانه قد يستخلف مثل هذا للضرورة
وايضا فان فعل احد لا يدل على الجواز الا من وجبت له العصمة
قال الشيخ خليل في التوضيح وفيما قاله ابن بشير نظر لان العلما
لم تزل تستدل على مذهب العلما بافعالهم لا سيما مثل سحنون الذي
هو من اشد الناس ورعا بل فعل اهل الورع في الجواز اقوى من
قولهم لانه قد يفتي لغيره بالجواز ويتورع هو عن فعله وقول ابن بشير

ان فعل احدلا يدل على الجواز ان اراده لا يكون حجة فصحيح وكذلك
قوله وان اراد انه لا يدل على ان مذهبه الجواز فممنوع كما
ذكرته انتهى وهو كلام حسن واصله لابن عبد السلام وقبله
ابن عرفة وقال بعده ولذلك تلقى غير واحد من العلما قول
اللخمي بالقبول انتهى يعني قوله عن سحنون وقال ابن عرفة
لما ذكر ابن عبد السلام تعقب ابن بشير على اللخمي قال الذي
وجدته في التبصرة هو ما نصه قال سحنون فيمن زوج
عبده امته الخ وان كان هكذا فهي فتوى بالجواز ودعوى
ان ذلك لضرورة لا يلتفت اليها الا بدليل قال ابن عرفة
الذي وجدته في التبصرة في غير نسخة واحدة منها نسخة
عتيقة مشهورة بالصحة اثار المقابلة عليها واضحة ما نصه
واجاز سحنون ابتدا او زوج غلامه امته الخ وهذا ما ذكره
ابن بشير نصا سوا انتهى كلام ابن عرفة قلت وقد رايت
في نسخة من التبصرة فيها مثل ما ذكر ابن عبد السلام وان لم
يعلق ذلك بطلاق ولا عتق ولا تمليك فالشرط مكروه ولا
يلزم ويستحب له الوفا بذلك وسوا وضعت لذلك شيا
من صداقها ام لا ولا رجوع لها عليه بما وضعت الا ان تكون
شرطت عليه هذه الشروط بعد العقد ووضعت عنه لاجل
ذلك بعض صداقها فانه ان خالف رجعت عليه بما وضعته
قال في كتاب النكاح الاول من المدونة من نكح امراة على ان لا
يتزوج عليها ولا يتسرى ولا يخرجها من بلدها جاز النكاح

وبطل

وبطل الشرط وان وضعت عنه لذلك من صداقها في العقد لم ترجع
به وبطل الشرط الا ان يكون عنه عتق او طلاق ولو شرطت عليه
هذه الشروط بعد العقد ووضعت لذلك بعض صداقها لزمه
ذلك فان اتى شيا من ذلك رجعت عليه بما وضعته وان
اعطته مالا على ان لا يتزوج عليها فان فعل فهي طالق ثلاثا
فان تزوج وقع الطلاق وبانت منه ولم ترجع عليه بشي
ان تم لها شرطها انتهى تنبيهات الاول اذا اعطته
شيا على ان لا يتزوج عليها او لا يتسرى ثم فعل فلها الرجوع
عليه بما اعطته كما ترجع بما اسقطته من صداقها وانما ذكر
في المدونة اسقاط الصداق لانه قد يتوهم ان امره خفيف
فنبه بالاخف على الاشد كما اشار الى ذلك في التوضيح الثاني
ظاهر كلامه في المدونة ان العقد على ذلك جايز قال في التوضيح
وهو ظاهر كلام ابن الحاجب قال ومنعه في السليمانية وكتاب
المدنية لانه له ان يوفي وان لا يوفي فصار ما يعطيه تارة ثمنا
وتارة سلفا قال ووجه الاول انهما دخلا على الوفا بالشرط
وان خالف بعد ذلك فامر طارئ الثالث: قال في التوضيح
ظاهر كلام ابن الحاجب وكلام غيره ان لها ان ترجع سوا خالف
عن قرب او بعد تحقيقا للعوضية وقاله ابن عبد السلام
واشار ابن عبد السلام الى انه ينبغي ان يفرق في ذلك بين
القرب والبعد كما فرقوا اذا اراد طلاقها فوضعت عنه من
صداقها او سالها الحطيطة فقالت اخاف ان تطلقني

Copyright © King Saud University

فقال لا افعل فحطت عنه ثم طلقها او اعطت زوجها مالا على
ان تطلق ضرتها فطلقها ثم اراد مراجعتها وكما قالوا اذا
سال البايع المشتري الاقالة فقال له المشتري انما مرادك
البيع لغيري لاني اشتريتها برخص فيقول البايع متى بعتها
فهي لك بالثمن الاول انه ان باع عقب الاقالة او قربا منها
فللبايع شرطه وان باع بعد الطول او لحدوث سبب اقتضاه
فالبيع ماض انتهى قلت كانه رحمه الله لم يقف على نص في رجوعها
عليه اذا تزوج عليها بعد البعد وقد تقدم في النوع الخامس
من الباب الثالث عن اللخمي انه اذا اعطته مالا على ان لا يتزوج
عليها فتزوج عليها انها ترجع عليه قرب تزويجه او بعد وتقدم
ايضا انه ظاهر المدونة وظاهر كلام المتيطي وابن فتوح
وغيرهما وهذا بخلاف ما اذا اعطته مالا على ان لا يتزوج
عليها فقبل ذلك ثم طلقها فيفصل في ذلك بين القرب والبعد
كما اذا سالها وضع صداقها فوضعته ثم طلق فيفصل فيه
ايضا كما تقدم بيانه في النوع الخامس وكما سياتي في المسيلة
الثانية في الكلام على الشروط في البيع وياتي ايضا الكلام على
مسيلة الاقالة وذكر الخلاف فيها وان هذا اشبه ان يكون
من باب الجعل واذا كان كذلك فالمجعول عليه في هذه المسيلة
عدم الزواج عليها او التسري او عدم اخراجها من بلدها
او دارها فمتى فعل شيا من ذلك لم يحصل المجعول عليه لان
المتبادر انها ارادت انه لا يفعل ذلك مطلقا ما دامت

في

في عصمته والمجعول عليه في مسيلة الطلاق هو ترك الطلاق
والمتبادر ان مرادها عدم الطلاق الان او فيما قارب ذلك
كما يظهر من كلام اللخمي المتقدم في النوع الخامس من الباب
الثالث فتامله اللهم الا ان تدل قرينة في الصورة الاولى
على عدم الزواج عليها الان او قريبا من ذلك او تدل قرينة
في الصورة الثانية على ارادتها عدم الطلاق مطلقا ه
فيتساويان وكلامه في التوضيح المتقدم هنا في مسيلة اعطايها
على ان لا يطلقها فيه اجمال وقد استوفي الكلام عليها في باب
الخلع وذكرنا ذلك في النوع الخامس من الباب الثالث الرابع
ما ذكره في المدونة فيما اذا وضعت للشرط شيا من صداقها
في العقد هو المشهور ومثاله اذا تقرر ان صداقها الف
ثم قالت له انا اسقطت لك مايتين على ان لا تتزوج علي ولا
تتسرى ونحو ذلك فالمشهور انها لا ترجع عليه بشي ان
خالف ومقابله رواية اشهب عن مالك انها ترجع بما وضعت
وصوبه ابن يونس وقيل ترجع بالاقل مما وضعت او من
تمام صداق المثل ذكر هذه الاقوال في التوضيح ووجه الشيخ
ابو الحسن المشهور بان النكاح مبني على المكارمة يعني
فكانما سقط قبل العقد كانه لا وجود له فتامله الخامس
اذا كان لا رجوع لها بما وضعته في العقد اذا لم يعين في
العقد ما وضعت وانما خففت عنه الصداق لما شرطته
كما لو قالت اتزوجك مثلا بمائة على هذه الشروط وعلم ان صداق

Copyright © King Saud University

مثلها لها يتاتي فخالف فالمشهور انها لا ترجع عليه بما خففت
وقيل لها ان ترجع بتمام صداق مثلها المسيلة الثانية
في الشروط في الخلع كما اذا خالعها علي ان تخرج من المسكن التي هي
به فان الخلع يلزمه وتبين منه ولا تخرج من المسكن لان
خروج المعتدة من مسكنها حرام والخلع علي الحرام لا يلزم
كما لو خالعها بخمر او خنزير فيقع الطلاق باينا ولا شي له في
الخمر والخنزير ويكسر الخمر ويقتل الخنزير سوا كان في يده او في يدها
الا ان تخلل الخمر فيكون حلالا للزوج وكذلك لو خالعها علي
ان تسلفه او علي ان توخره بدين في ذمته حال لان ذلك
سلف جر نفعا وهو حرام فيلزمه الطلاق باينا ولا يلزمها
ان تسلفه ولا ان توخره وكذلك اذا خالعها علي ان يعجل لها ما لا
يجب قبوله من السلف لانه من باب حط الضمان وازيدك
واما ان خالعها علي انه لا سكنى لها فان اراد الزامها كرا المسكن
وهو لغيره اوله وسمى الكرا الزمها ذلك وان اراد علي ان تخرج
من مسكنه تم الخلع ولم تخرج ولا كراء له عليها قاله في كتاب
ارخا الستور من المدونة وقال اللخمي اري عليها الاقل من كرا المسكن
او ما كانت تكترى به الا ان يكون انتقالها لمسكن لها ولا بيها
ولا كرا له وهو خلاف المشهور ومذهب المدونة وتقدم الكلام
في الباب الاول علي ما اذا خالعها علي ان عليها نفقة نفسه او
نفقة غيره او نفقة ولدها الصغير اكثر من حولين ومن ذلك
ما ذكره ايضا في كتاب ارخا الستور من المدونة ونصه واذا اعطته
شيا

شيا علي ان يطلق ويشترط الرجعة او خالعها وشرط انها
ان طلبت شيا منه عادت زوجة او شرط رجعتها فشرطه
باطل والخلع يلزمه ولا رجعة له الا بنكاح مبتدا قال
ابن يونس لان شرطه لا يحيل سنة الخلع قاله مالك انتهي
فرع ومن ذلك ايضا ما وقع في سماع عيسى من
كتاب ترجمته فيمن خالع امراته علي ان تخرج لبلد غير بلده
اخذ منها علي ذلك شيا ام لا فابت ان تخرج فهي علي خلعها
ولا تجبر علي الخروج قال ابن رشد لان الخلع عقد يشبه
عقد البيع تملك المراة به نفسها كملكها زوجها بالنكاح فوجب
ان لا يلزم الشرط فيه بالخروج من البلد والاقامة فيه او ترك
النكاح وشبهه من تحجير النكاح كما هو كذلك انتهى المسيلة
الثالثة في الشروط المتعلقة بالبيع وقد جعلها ابن رشد
في كتاب البيوع الفاسدة من المقدمات علي اربعة اقسام
القسم الاول من اقسام الشروط المتعلقة بالبيع شرط
ما يقتضيه العقد كتسليم المبيع والقيام بالعيب ورد
العوض عند انتقاض البيع او ما لا يقتضيه ولا ينافيه ككونه
لا يؤول الى غرر وفساد في الثمن او المثمون ولا الى الاخلال
بشرط من الشروط المشترطة في صحة البيع وفي مصلحة لاحد
المتبايعين كالاجل والخيار والرهن والحميل وبيع الدار
واستثناء سكناها اشهرا معلومة او سنة وكبيع الدابة
واستثناء ركوبها ثلثة ايام او نحو ذلك او الى مكان قريب

Copyright © King Saud University

فهذا القسم من الشروط صحيح لازم يقضى به مع الشرط ولا
يقضى به بدون شرط الا ما كان مما يقتضيه العقد فانه
يقضى به ولو لم يشترط ويتاكد مع الشرط **فرع** ومن
ذلك بيع الجارية واشتراط رضاع ولدها ونفقته على المشترى
سنة على انه ان مات الولد ارضع له اخر وان ماتت الجارية
جا المشترى باخرى ترضع الولد **قال** ابن رشد في شرح المسئلة
السادسة من سماع ابن القاسم من جامع البيوع ان وقع البيع
على الشرطين ان ماتت اتوا باخرى وان مات الرضيع ارضعوا
له اخر وارادوا بقولهم ان ماتت اتوا باخرى وكون الرضاع
مضمونا على المشترى جاز البيع اتفاقا وان ارادوا بذلك
كون الرضاع في عين الامة ملم تمت وان ماتت اتوا بخلافها
لم يجز كما لو شرطوا ان الرضاع يبطل بموتها او يرجع عليه
البايع بقدره لانه ان كان في عين الامة دخله التحجير
على المشترى في الامة اذ لا يجوز له التصرف فيها بما يجوز
لذى الملك في ملكه من اجل الشرط وان شرطوه في عين الصبي
ومضمونا على المشترى دخله الغرر لانه لا يبطل بموت
الصبي **و**اختلف اذا لم يكن لهم في الشرط نية فحملها هنا على
انه مضمون على المشترى لا في عين الامة فلجازه وحمله
بعضهم في اخر رسم من سماع اشهب بعد هذا على انه في عين الامة
فلم يجزه **و**اختلف اذا وقع البيع على انه ان مات الصبي
ارضعوا له اخر ولم ينصوا على ان الرضاع مضمون على المشترى

بان

بان يقولوا ان ماتت اتوا باخرى بل سكتوا عن ذلك فحمله ابن القاسم
في المدونة على المضمون فاجازه **و**حمله سحنون على انه في عين الامة
فلم يجزه الا على وجه الضرورة مثل ان يرهقه دين فيباع فيه
عليه قال كيف يجيز هذا وتاول على ابن القاسم انه اجازه
مع كون الرضاع في عين الامة فاعترض عليه **و**قال كيف
يجيز هذا وهو لا يجيز الاجارة على ذلك ولا يلزم ابن القاسم
اعتراضه لانه لم يجزه بان حمل الامر في السكوت عليه على
ان الرضاع مضمون على المشترى لا في عين الامة انتهى
وقال ابن رشد اذا اشترط الرضاع في عين الامة بمعنى
انها ترضعه ما دامت حية فاذا ماتت اتى المشترى بخلافها
لم يجز لانه فيه تحجيرا على المشترى اصله للشيخ ابي اسحاق
التونسي في اخر كتاب البيوع الفاسدة **و**ذكره ابن يونس
بلفظ قيل ثم قال بعد رده اله انه يفسد على بيعها بان يشترط على
المبتاع الرضاع انتهى **و**ما ذكره ابن يونس هو الظاهر
اعني انه لا يمنع من البيع بشرط ان يشترط على المشترى
التاني رضاع الصبي ولو شرط الرضاع مضمونا على المشترى
كما قال ابو اسحاق **و**ابن رشد لم يجز للمشترى ان يبيعها
ويأتي باخرى ترضع الصبي لما في ذلك من التفرقة بين الام
وولدها فتامله **و**في كلام ابن عرفة في الكلام على التفرقة بين
الام وولدها ما يقتضي ان ذلك حق في عين الامة كما تقدمت
الاشارة الى ذلك في الباب الاول **تنبيهات الاول**

Copyright © King Saud University

وقعت هذه المسيلة في السماع المذكور من غير بيان كون الصبي
حرا او رقيقا فقال ابن القاسم هذا وهم من مالك او امر
رجع عنه لما فيه من التفرقة قال ابن رشد المعنى في هذه
المسيلة ان الولد حر وكذلك قال فيها في اخر البيوع الفاسدة
من المدونة وعلى ذلك اجاب مالك رحمه الله فالوهم ابن القاسم
فيما حمل عليه المسئلة ونسب مالك الي الوهم فيه ومعنى
المسيلة ان رب الامة اعتق ولدها ثم باعها ولم يبق من
امد رضاعه الا سنة فاجاز له ان يشترط بقية رضاعه
علي المشترى الثاني قال سحنون لا ادري لم جوز مالك هذه
المسيلة وهو لا يجيز ان يشترط علي المرضعة ان مات الولد
ان يوتي بغيره ولكنها مسيلة ضرورية يعني مسيلة الامة
قال ابن يونس الفرق عندي بين المسيلتين ان الغرر في
مسيلة بيع الامة تابع لانه انضاف الي اصل جايز وهو بيع
الام والغرر في مسيلة الظير منفرد فلم يجز كقول مالك
في بيع لبن شاة شهرا انه لا يجوز واجاز كرا ناقة شهرا
واستثناء حلابها فالغرر اذا انفرد يمنع بخلاف اذا كان تبعا
والاصل فيه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار
قبل بدو صلاحها وقال من باع نخلا وفيها ثمر موبر فثمرها
للبايع الا ان يشترطه المبتاع فكان للمشتري اشتراطه
اذا انضاف الي الاصل ومنع من بيعه اذا انفرد وقد اجمعت
الامة علي جواز بيع الجبة المحشوة قطنا وان لم ير قطنها ولا
يجوز

يجوز بيع قطنها منفردا او هو محشو فيها انتهى الثالث
تقدم في الباب الاول ان ابن رشد جعل نفقة هذا الصغير
كالدين لا تبطل بالفلس وتقدم على الوصايا ويحاص الغرما
بمبلغ نفقته الواجبة له عليه بعتقه اياه وهو صغير فرع
قال مالك في رسم سلعة سماها من سماع ابن القاسم من جامع
البيوع لا باس ببيع نصف الامة او الدابة على ان على المشتري
نفقتها سنة وانه ان ماتتا او باعها فذلك له ثابت على المشتري
قال ابن رشد وقعت هذه المسيلة على نصها في هذا السماع
من كتاب السلطان ووصل بها ان سحنون انكرها والمعنى
عندي في مخالفة سحنون لمالك ان مالكا حمل قوله ان ماتت
الدابة فذلك له ثابت له على انه باتبه في كل يوم من الطعام
بما كان ينفق عليها الي ان تنقضي السنة فاجاز ذلك اذ لا وجه
للكراهة فيها على هذا الوجه لانه باع نصف الامة او الدابة
بثمن مسمى ونفقة يستوفيها كانت الامة او الدابة باقية او لم
تكن فبعض ثمن نصفها بنفقتها المعلومة لانقضاء السنة
وحمل سحنون ذلك انه ان ماتت الامة او الدابة باخذ ما بقي
من النفقة حالا او قيمة ذلك فانكر جوازه لما فيه من الغرر
على هذا لو وقع الامر على احد الوجهين بنص لا احتمال فيه
لارتفع الخلاف ولو باع نصف الامة او نصف الدابة بشرط
ان نفقتها على المشترى سنة ولم يزد على النفقة شيا لجاز على
معنى قوله في المدونة يجوز بيع نصف الثوب او الدابة على ان

يبيع له المشتري النصف الاخر الى شهر وعلى ما في رسم البراءة ه
من سماع عيسى فان ماتت الامة او الدابة قبل السنة رجع
البايع على المشتري في قيمة النصف الذي باعه منهما يوم باعه
لفواته بالموت بقدر ما يقع مما بقي من النفقة من جميع الثمن
لان البايع باع نصف الوصيفة بما سمي من الثمن وبالنفقة
على نصفها الذى لم يبعه في السنة دينارا ان فانفق عليه نصف
السنة ثم مات وجب ان يرجع البايع على المبتاع بنصف
سدس قيمة النصف الذى باعه منها يوم باعه لفواته بالموت
كان اقل من دينارا واكثر كما لو كان باع منه نصف الجارية
بعشرة دنانير وعرض قيمته دينارا ان فاستحق نصفه
لان ما بطل من النفقة بموت الوصيفة كاستحقاق بعض
الثمن وهو عرض وقد قيل انه لا يرجع عليه بشي وهو الذي
ياتي على ما في العشرة لابن القاسم في الذى يبيع الامة وقد
اعتق لها ولدا صغيرا واشترط نفقته على المشتري حتى يثغر
ويستغني عن امه فيموت قبل ذلك ان المشتري لا يتبع
بشي لانه انما اريد بهذا الشرط كفاية مونة الصبي ولم يطلب
به التزيد في الثمن وهو بعيد انتهى وبالله التوفيق

القسم الثاني

ما يوول الى الاخلال بشرط من الشروط
المشترطة في صحة البيع كشرط ما يودي الى جهل وغرر في
العقد او في الثمن او في المثمون الى الوقوع في ربا الفضل او
في ربا النسا كشرط مشاورة شخص بعيد او شرط الخيار الى

مدة

مدة مجهولة او الى مدة زايدة على ما قرره الشرع في السلعة المبيعة
او شرط تاجيل الثمن الى اجل مجهول او شرط زيادة شي مجهول
في الثمن او في المثمون فهذا النوع يوجب فسخ البيع على كل حال
فاتت السلعة او لم تفت ولا خيار لاحد المتبايعين في امضايه
فان كانت السلعة المبيعة قايمة ردت بعينها وان فاتت
ردت قيمتها بالغة ما بلغت ويستثنى من هذا النوع مسيلة
وهي البيع بشرط ان يسلف المشتري البايع او العكس فانه
لا يجوز لانه يودي الى الجهل بالثمن فان وقع ذلك فالمشهور
انه يفسخ ما دام مشترط السلف متمسكا به فان اسقط
مشترط السلف شرطه صح البيع وسواء اخذ مشترط السلف
السلف وغاب عليه ام لا على المشهور وقال سحنون انما يصح
اسقاط الشرط اذا لم ياخذ مشترط السلف ما شرطه من السلف
ويغيب عليه واما ان اخذه وغاب عليه فلا بد من فسخ ذلك
ورد السلعة لانه قد تم ما اراده من السلف وهذا اذا كانت
السلعة قايمة بيد المشتري فاما ان فاتت فلا يفيد الاسقاط
لان القيمة قد وجبت عليه حينيذ فلا بد من فسخه فان كان
السلف من البايع فله الاقل من الثمن او القيمة يوم القبض
ويرد عليه السلف وان كان السلف من المشتري فعليه الاكثر
من الثمن او القيمة يوم القبض ويرد عليه السلف هذا مذهب
المدونة وهو المشهور وقاله المازري وظاهر اطلاق ابن الحاجب
وغيره انه لا فرق بين ان يكون الاسقاط قبل فوات السلعة او بعد فواتها

Copyright © King Saud University

فرع قال في رسم القبلة من سماع ابن القاسم من كتاب جامع
البيوع سمعت مالكا يقول لا احب البيع على انه ان وجد ثمنا قضاه
وان هلك ولا شي عنده فلا شي عليه قال ابن القاسم فان وقع هذا
الشرط وفات لزم المشتري قيمتها يوم قبضها قال ابن رشد
هذا الشرط من الشروط التي يفسد بها البيع لانه غرر فالحكم
فيه الفسخ مع قيام السلعة شاءا اوابيا ويصح في فواتها بالقيمة
بالغة ما بلغت وهو ظاهر قول ابن القاسم وتفسير لقول مالك
اذ قد يقول كثيرا فيما يجب فيه الفسخ لا احب هذا او اكرهه
وشبهه من الالفاظ فيكتفي من قوله انتهى ونقله في النوادر
وزاد فيه قال ابن القاسم هذا حرام ويرد فان فات فعليه قيمتها
يوم قبضها انتهى وهو صحيح فيما قاله ابن رشد فقوله هو
ظاهر قول ابن القاسم يقتضي انه لم يقف عليه صريحا من قوله وقول
ابن رشد ويصح في فوتها بالقيمة فيه مسامحة وصوابه ويفسخ
في فواتها بالقيمة لان ذلك حكم البيع الفاسد ولا يقال فيه صح
بالقيمة لانه لو صح مضي بالثمن والله اعلم تنبيه
قال ابن عرفة بعد ذكر ما تقدم قلت الاظهر حمل قول مالك
على الكراهة خلاف قول ابن القاسم لان حقيقة هذا الشرط
هو مقتضي الحكم في عدم الطلب في الدنيا لقوله تعالى فنظرة الى
ميسرة فاذا مات عديما فلا ميسرة واما في الاخرة فهو خلاف
مقتضي الحكم على ما قاله عز الدين بن عبد السلام انه يوخذ من
حسنات المديان بقدر الدين وهذا عندي غرر يسير لان

احكام

يوخذ من حسنات
المديون بقدر الدين

احكام المبايعات انما هي مبنية على المقصود منها ومقصود
الناس بها انما هي في الامور الدنيوية انتهى قلت
ما قاله ابن عرفة غير ظاهر لان الحكم بانتظار المعسر انما هو بعد
الوقوع والنزول واما الدخول على ذلك ابتدا فهو غير جائز
لانه من بيع الغرر وهذا ظاهر فتامله وقال الشيخ خليل
العالم الجليل في التوضيح في باب الصداق لما تكلم على تاجيله الى
الموت او فراق قال شيخنا يعني عبد الله المنوفي يقوم
منها من يشتري سلعة الى الميسرة كقول بعض الفقرا الى ان
يفتح الله علي بالثمن وهذا اذا صرح بذلك ابتدا واما ان
اشتراه ولم يذكر ذلك فهو جائز وهو محمول على الحلول انتهى
وكانه رحمه الله لم يقف على النص المتقدم وكلامه يدل على
ما قلناه من الفرق والله اعلم فرع ومثل ذلك ما اذا
اشترى سلعة بثمن الى اجل فان مات قبله فالثمن عليه
صدقة قال في النوادر فهو غرر لا يجوز انتهى والحكم فيه كما
تقدم يفسخ البيع وترد السلعة ان كانت قايمة وان فاتت
فالقيمة يوم قبضها فرع ومن ذلك من ابتاع سلعة
بثمن الى اجل على انه ان سافر قبل الاجل فالثمن عليه حال فانه
يفسخ ان كانت السلعة قايمة فان فاتت ففيها القيمة يوم قبضها
قاله في النوادر وايضا قال ولا باس ان يشترط عليه حميلا
ان سافر قبل الاجل قال وان باع عبده الى اجل وشرط ان لم
يقبضه الثمن في الاجل فالعبد حر فانه يلزمه ذلك وللبيع للمشتري.

Copyright © King Saud University

بيع العبد حتي يحل الاجل فان قضاه و الا عتق وان حل وعليه
دين محيط رق والبايع احق به من الغرما والله اعلم فرع
ومن ذلك ايضا ما وقع في اول سماع اشهب من جامع البيوع
فيمن اشترى سلعة وشرط علي البايع عند عقد البيع انه
ان ادعاها مدع فثمنها رد علي بغير خصومة قال لا يعجبني
هذا الشرط ما ليس في كتاب الله قال ابن رشد قوله لا يعجبني
يدل علي انه راه بيعا فاسدا لما اقترن به من الشرط وذلك
بين لانه غرر وقوله ايشرط ما ليس في كتاب الله اي خلاف
ما اوجبه الكتاب وقرره الشرع المبين عن الله ما انزله في
كتابه من انه لا يوخذ احد بمجرد الدعوي دون بينة انتهى
مختصرا قلت والحكم فيه كما تقدم ترد السلعة ان كانت قايمة
فان فاتت فالقيمة والله اعلم فرع ومن ذلك بيع الارض
الموظفة اي عليها خراج يسلمه المشتري في كل سنة وقد اطال
الموثقون فيها الكلام وحقق ابن عرفة الكلام في ذلك في اخر الكلام
علي الشروط في البيع وفرق بين ان يكون ما قرر عليها عند احيايها
او قرر عليها بعد الاحيا وقال ان الذي استقر عليه العمل عندهم
انه يجوز شرا الارض التي قرر عليها شي عند احيايها قال وهي المسماه
بارض الخراج قال ولا ينبغي ان يختلف في ذلك قال واما التي قرر عليها
شي بعد احيايها فهي التي يسموها الموثقون ارض الوظيف وارض
الطبل وفيه الخلاف وقول ابن القاسم انه لا يجوز بيعها للجهل
في الثمن واطال في ذلك فليراجعه من اراده وبالله التوفيق

القسم

القسم الثالث من اقسام الشروط المتعلقة بالبيع ما يكون منافيا
لمقتضي عقد البيع لانه فيه تحجيرا علي المشتري في السلعة التي
اشتراها قال في المقدمات وهي بيوع الشروط المسماة عند العلما
الثنيا قال مثل ان يبيع السلعة علي ان المشتري لا يبيعها ولا
يهبها او علي ان يتخذ الجارية ام ولد او علي ان لا يخرج بها من
البلد او علي ان لا يعزل عنها او علي ان لا يركبها البحر او علي
انه ان باع المشتري السلعة فالبايع احق بها بالثمن الذي
يبيعها به او علي انه فيها بالخيار الي اجل بعيد لا يجوز الخيار
اليه او ما اشبه ذلك من الشروط التي تقتضي التحجير علي
المشتري في السلعة التي اشتراها قال فهذا النوع اختلف
فيه اذا وقع شي منه علي قولين احدهما انه يفسخ ما دام
البايع متمسكا بشرطه فان ترك الشرط صح البيع هذا اذا
كانت السلعة قايمة فان فاتت كان فيها الاكثر من الثمن
او القيمة يوم قبضه المشتري وهذا هو المشهور في المذهب
وقيل يرجع البايع علي المشتري اذا فاتت السلعة بقدر ما نقصه
من الثمن بسبب الشرط وذلك بان تقوم السلعة بالشرط
وبغير الشرط فما كان بين القيمتين من الاجزا يرجع البايع
بذلك الجزء من الثمن والقول الثاني ان حكم هذه كحكم
البيع الفاسد يفسخ علي كل حال في القيام وتكون فيه القيمة
بالغة ما بلغت في الفوات قال في المقدمات ويستثني
من هذا الباب علي القول المشهور مسيلة واحدة وهي

Copyright © King Saud University

شرا السلعة على الخيار الي اجل بعيد لا يجوز الخيار اليه فانه يفسخ
فيهما البيع على كل حال ولا يمضي البيع ان رضي مشترط الخيار
بترك الشرط لان رضاه بذلك ليس بترك منه للشرط وانما
هو اختيار للبيع علي الخيار الفاسد انتهى قلت ولهذا
ذكرنا هذه المسيلة في القسم الثاني وجعلناها مما يودي
الي خلل في عقد البيع ولم يستثن في المقدمات الا هذه المسيلة
وقال في البيان لما تكلم علي هذه الشروط في رسم القبلة من سماع ابن القاسم
من جامع البيوع هذا حكم هذا الباب الا في مسيلتين احداهما اذا
باع الامة وشرط علي المشتري ان لا يطاها فان وطيها فهي حرة
او فعبده حر او عليه صدقة او صيام وما اشبه هذا فهذا
يفسخ علي كل حال علي حكم البيع الفاسد ولا يكون للبايع ان يترك
الشرط من اجل انها يمين قد لزمت المشتري وليس له ان يسقطها
عنه علي ما ياتي في رسم العشور من سماع عيسى والثانية ان
يشترط احد المتبايعين الخيار الى اجل بعيد ثم ذكر نحو ما تقدم
في كلامه في المقدمات وذكر ابن عرفة المسيلتين وعزى الاولي
للمقدمات والثانية لرسم العشور وقد استثناهما جميعا في رسم
القبلة كما ذكرنا وكلامه فيه احسن من كلامه في المقدمات وابن
والله اعلم تكميل يستثنى من هذا القسم بيع العبد والامة بشرط
تنجيز العتق قال وذلك جايز قال اللخمي في كتاب البيوع الفاسدة
وذلك علي اربعة اوجه لانه اما ان يشتريه علي انه حر بالشرا
او علي انه يعتقه بعد الشرا واوجب ذلك علي نفسه او علي ان

المشتري

المشتري بالخيار في العتق او يشترط العتق ولا يفسره بايجاب
ولا اختيار قال واي ذلك كان فالبيع جايز وانما يفترق الجواب في
صفة وقوع العتق وفي شرط النقد فاما الوجه الاول وهو
ما اذا باعه علي انه حر فانه يكون حرا بنفس البيع قال الرجراجي
ولا خيار في ذلك للمشتري ولا يحتاج الي تجديد عتق وان مات
بفور العتق مات حرا يرث ويورث ولا خلاف في ذلك في المذهب
انتهى واما الوجه الثاني وهو ما اذا باعه علي ان يعتقه المشتري
واوجب ذلك علي نفسه فقال اللخمي اذا كان الشرط علي ان يعتقه
المشتري والتزم ذلك اجبر علي ان يوقع العتق فان لم اعتق
الحاكم عليه وقال الرجراجي اذا باعه علي ان يعتقه المشتري فلا
يعتق بنفس الشرا وانما يعتق بعتق جديد لكن يجبر المشتري
علي العتق لانه علي ايجاب العتق اشترى فاما اعتقه والا اعتقه
عليه السلطان والنقد في هذين الوجهين جايز بشرط وبغير
شرط انتهى واما الوجه الثالث وهو ما اذا باعه علي ما اذا باعه
علي ان المشتري بالخيار بالعتق فان اشترط البايع النقد فالبيع
مفسوخ للغرر لانه تارة بيع وتارة سلف وان لم يشترط البايع
النقد فالبيع جايز وللمشتري الخيار قدر ما يستخير ويستشير
كما لو اشتراه من غير شرط العتق فان اعتقه فلا كلام وان لم
يعتقه فللبايع الخيار في ان يرد عبده وينقض البيع او يترك
الشرط ويلزمه البيع واما الوجه الرابع وهو ما اذا باعه بشرط
العتق ولم يقيده بايجاب ولا اختيار فاختلف في ذلك على قولين

Copyright © King Saud University

احدهما ان الخيار في ذلك للمشتري فان شا اعتق وان شا ترك
وهو قول ابن القاسم في المدونة وهو المشهور والثاني
ان يجبر على العتق ويحكم عليه به كما لو اشتراه على ايجاب العتق
وهو قول اشهب وبه اخذ سحنون واختاره اللخمي
واستظهره ابن رشد ايضا فعلى هذا القول يجبر المشتري
على العتق اذا امتنع منه فان لد اعتق الحاكم كما تقدم في الوجه
الثاني ويجوز النقد بشرط وبغير شرط على القول الاول
فان اعتق المشتري العبد او الامة بعد العقد او بقرب ذلك
فلا كلام للبايع وسوا كان عتق المشتري من نفسه او بعد قيام
البايع عليه بذلك وطلبه منه وسوا كان العتق قبل ان تحصل
في العبد او الامة عيب او بعد حصول العيب فيهما بل لو مات
العبد او الامة قبل عتقهما بقرب العقد فلا شي على المشتري
ولانه وان امتنع المشتري من عتق العبد او الامة فان
قام البايع بعد العقد او قربه بشهر ونحوه فليس له الا
اخذ عبده او امته ونقض البيع او ترك الشرط من غير
شي الا ان يتفق هو والمشتري على ان يعطيه شيا لاجل
ترك الشرط فذلك لهما هذا ان كان العبد او الامة صحيحين
لم يدخلهما عيب وان دخلهما عيب فالمشتري بالخيار بين
ان يعتقهما معيبين ولا شي عليه او يغرم للبايع ما نقصه
لاجل الشرط ويصير العبد والامة ملكا له هذا اذا كان
البايع عالما بتاخير العتق الى شهر ونحوه وان كان البايع غير
عالم

عالم كان الخيار له بين ان يرضى بعتقهما معيبين ولا شي عليه
او يغرم للبايع ما نقصه لاجل الشرط ويصير العبد والامة
ملكا له هذا اذا كان البايع عالما بتاخير العتق الى شهر
ونحوه وان كان البايع غير عالم كان الخيار له بين ان يرضى
بعتقهما معيبين ولا شي له او يرجع بما نقصه من الثمن
لاجل الشرط وليس للبايع ان يسترجعهما الا ان يرضى
المشتري بذلك وان لم يقم البايع بقرب العقد بل سكت حتى
طال الامد كثيرا كالسنة قاله ابن يونس فان كان عالما
بعدم عتق المشتري فلا قيام له على المشتري ولا شي له عليه
لان تركه المطالبة بمقتضى شرطه يوذن باسقاطه عن
المشتري قال ابن رشد ولا يدخل في هذا عندي الاختلاف الذي
في السكوت هل هو اذن ام لا وسوا كان العبد او الامة صحيحين
او دخلهما عيب او ماتا وان لم يعلم البايع بذلك حتى طال الامد
فان كان العبد او الامة صحيحين لم يدخلهما عيب فله الخيار
بين ان يسترجع عبده او امته او يدعهما ويرجع بما نقصه
لاجل الشرط من ثمنهما ولو رضي المشتري بعتقهما بعد الطول
لم يسقط ذلك عنه الرجوع بما قبضه البايع من الثمن لاجل
الشرط قال في البيان لانه لم يتم للبايع ما قصده بشرطه من
تعجيل العتق اذا انما اعتق المشتري لنفسه بعد ان قضى
وطره من وطي الامة واستخدام العبد الا ان يرضى البايع
بعتق المشتري حسبه فذلك جايز ولا يجوز للمشتري الوطي

Copyright © King Saud University

حتى يفصل امره مع البايع ولو اعتق المشترى العبد او
الامة عن ظهار او عتق وجب عليه بعد ان حصل فيهما
عيب مفيت ولو طول اجزا هذا ملخص كلام صاحب
النوادر واللخمي وابن رشد في رسم القبلة من سماع ابن القاسم
وفي رسم العتق من سماع اصبغ من جامع البيوع وكلام
الرجراجي ونقل ابن عرفة غالب ذلك باختصار ويجري
ما ذكرناه من التفصيل في الوجه الثالث وهو ما اذا باع
العبد او الامة على ان المشترى بالخيار كما صرح بذلك
اللخمي ويتنزل ورثة كل من المشترى والبايع بمنزلته
وان دخلهما عيب مفيت فليس للبايع ان يسترجعهما
وانما له الرجوع بما نقصه لاجل الشرط من ثمنهما الا ان
يتفق هو والمشترى على عتقهما على تلك الحال وان لم يقم البايع
الا بعد موتهما وقد طالت اقامتهما بيد المشتري ولم يعتقهما
فللبايع الرجوع بما نقصه لاجل الشرط كما تقدم قال ابن رشد
ولا يفوت العبد والامة الا بالعيوب المفسدة كما في رواية
اصبغ وقيل يحصل الفوات بحوالة الاسواق وهو بعيد
لانه ليس بيع فاسد قلت وهذا القول الثاني عزاه اللخمي
لمحمد بن المواز تنبيهات الاول قال ابن رشد
في رسم القبلة المذكورة وجه العمل في التوصل الى معرفة ما ينقص
الشرط من ثمن العبد او الامة ان يقوم المبيع بالشرط وبغير
شرط وينظر ما نقصه الشرط فيوخذ مثله من الثمن وقال

اصبغ

اصبغ يرجع بما نقص الشرط من قيمته يوم الشرا الان تقارب
ذلك الثمن الذي بيع به فعلى هذه الرواية اذا كانت قيمته
يوم الشرا بغير شرط قريبة من الثمن الذي بيع به لم يكن
للبايع على المشترى شي وان كانت اكثر من الثمن بكثير
رجع عليه بما زادت القيمة على الثمن الذي اشتراه به
وقول مالك اصح في المعنى من رواية اصبغ لان البيع
قد يكون بمثل القيمة او اكثر او اقل قلت ما عزاه ابن رشد
لمالك خلاف ظاهر المدونة قال فيها في كتاب البيوع الفاسدة
ومن ابتاع امة على تعجيل العتق جاز لان البايع يعجل الشرط
بما وضع من الثمن فلم يقع فيه غرر فان ابى ان يعتق فان
اشترى على ايجاب العتق لزمه العتق وان لم يكن على الايجاب
لم يلزمه عتق وكان للبايع ترك العتق وتمام البيع او يرد
البيع فان رد البيع بعد ان فاتت فله القيمة وقال اشهب
لا يرد البيع ويلزم العتق بما شرط قال ابن يونس يرد له الاكثر
من الثمن او القيمة يعني على قول ابن القاسم نقله ابو الحسن
وقبله وقال بعده اي المقيد عن الشيخ وانما قال ذلك
ليكمل للبايع ما وضع من الثمن لمكان العتق وقوله له القيمة
يريد يوم البيع لانه بيع صحيح قاله ابو عمران انتهى قلت
وما ذكره ابن رشد ابين ويفسر به كلام المدونة والله اعلم
الثاني لا يجوز اشتراط النفقة في هذا الوجه في قول ابن القاسم
لانه يصير تارة ثمنا وتارة سلفا وما ذكرناه من تاخير العتق

Copyright © King Saud University

الي الاجد القريب والبعيد انما هو بعد الوقوع ولا يجوز الدخول
ابتداء على تاخير العتق وانما يجوز هذا البيع على تعجيل
العتق فان وقع التراضي من المشتري فيفعل فيه كما تقدم
كما اشار الى ذلك ابن يونس ونقله ابو الحسن الثالث
سوى في رسم القبلة المذكور بين الشرا بشرط العتق والشرا
والعدة بالعتق قال بن رشد ومساواته صحيحه لتساويهما
في المعنى لان هو ان يقول البايع للمبتاع ابيعها منك بكذا
وكذا على ان تعتقها والعدة ان يقول المشترى للبايع بعها
مني وانا اعتقها او بعها مني بكذا وكذا وانا اعتقها فاذا قال
ذلك المبتاع للبايع فباعه البايع على ما وعد قد اشترطه اذ لم
يبعه الا على ما وعد فوجب ان يلزم وقد قيل ان العدة بخلاف
الشرط فلا تلزم المشترى ويكون للبايع في ذلك كلام الرابع
هذا كله اذا باعه بشرط العتق الناجز واما اذا باعه بشرط
العتق الموجل او الكتابة او التدبير او اتخاذ الامة ام ولد
فذلك لا يجوز للتحجير على المشترى وللغرر والجهل لان البايع
وضع من الثمن لامر قد يكون وقد لا يكون والحكم في ذلك
كما تقدم فعلى المشهور يفسخ البيع ما دام البايع متمسكا
بشرطه فان ترك شرطه صح البيع وهذا اما لم يفت المبيع
فان فات كان فيه الاكثر من الثمن او القيمة يوم القبض
وهذا قول ابن القاسم وعلى القول الثاني لا بد من فسخه
وهذا قول اشهب تنبيه ما ذكرناه من عدم جواز

اشتراط العتق الموجل قاله في كتاب البيوع الفاسدة من المدونة
والملق وكذا اطلق غير واحد وقيده المشذالي في حاشيته
على المدونة فقال اي اجل بعيد واما القريب جدا فحكمه حكم
العتق الناجز قلت وهو تقييد ظاهر لانه انما منع
من ذلك للغرر واذا كان الاجل قريبا جدا كان من الغرر
الخفيف المغتفر في البيع وقد اجازوا بيع العبد واستثنا
خدمته الايام اليسيرة كالعشرة واقل فكذلك هنا اذا
شرط العتق الى عشرة ايام او اقل جاز والله اعلم الخامس
قال في النوادر من كتاب ابن المواز قال مالك لا احب ان ياخذ
الرجل من الرجل مالا على تدبير عبده فان نزل مضى التدبير
ويرد الى القيمة يوم قبضه قال محمد جواب مالك على
انه باع عبده ممن يدبره ولو اخذ مالا من رجل على ان
يدبر عبده فدبره فليرد المال وينفذ التدبير وكذلك ما اخذ
على اتخاذ الامة ام ولد ثم اتخذها كما يرجع لو باعها على
ذلك يرجع بما وضعه له انتهى مختصرا بالمعنى السادس
قال اللخمي والصدقة والهبة كالعتق فان باعه على انه
صدقة لفلان او على انه يتصدق به على فلان والتزم المشترى
ذلك جاز العقد والنقد فان كان على ان المشترى بالخيار
في انفاذ الصدقة جاز العقد دون النقد ويختلف اذا
اطلق ذلك ولم يقيده بالالتزام ولا بخيار فقال ابن القاسم
في كتاب محمد فيمن باع من امراته خادما بشرط ان تتصدق بها

Copyright © King Saud University

على وليه ذلك جايز ولا يلزمها الصدقة بالحكم والبايع بالخيار ان لم
يتصدق بها ان شا اجاز البيع على ذلك وان شا رده وعلى
قول اشهب وسحنون يلزمها الصدقة من غير خيار انتهى
ونقله بن عرفة عن اللخمي في الكلام علي بيع وشرط قلت
وهذا اذا كانت الهبة والصدقة منجزة او موجلة الى اجل
قريب كما تقدم في العتق واما ان كانت موجلة الى اجل بعيد
فلا يجوز للغرر ولو كان الشي الملتزم صدقة او هبة مما
يومن بقاوه كالدور والارضين لانه يدخله الغرر
من جهة موت المشتري قبل الصدقة والهبة فيبطلان
فتامله والله اعلم السابع تقدم ان من هذا القسم
اذا باع السلعة على ان لا يبيعها وذكر اللخمي في ذلك
تفصيلا فقال ان باعه على ان لا يبيعها جملة او على ان لا
يبيعها الا من فلان فالحكم كما تقدم وان كان على ان لا يبيعها
من فلان كان بيعا فاسدا وليس على المشتري الا الذي باعها
به من فلان لانه بيع ليس فيه تمكين ولا يضمنه المشتري
انتهى قلت ما ذكره اللخمي من جواز البيع اذا باع السلعة
على ان لا يبيعها من فلان او من هولا النفر ظاهر كلامه
انه المذهب وعزاه ابن رشد لابن القاسم وذكر فيه خلافا
فانه قال في المسئلة الثالثة من رسم القبلة من سماع بن القاسم
من جامع البيوع بعد ان قرر حكم البيع على ان لا يبيع
ما نصه واذا باع على ان لا يبيع الا من فلان فهو بمنزلة

اذا باع علي ان لا يبيع واجاز ابن القاسم البيع على ان لا يبيع
من فلان في رسم باع شاة من سماع عيسى من كتاب الدعوى
والصلح وكرهه اصبغ في الواضحة واتفقا على كراهة
البيع على ان لا يبيع لمن يضر بالبايع انتهى قلت
فاذا باع سلعة من شخص على ان لا يبيعها من فلان
او هولا النفر ثم باعها المشتري من فلان او من واحد
من النفر المذكور فان بيعه يرد على ما يظهر من كلام
اللخمي وابن رشد فان ابن رشد غاية ما نقل فيه الكراهة
فقط وما ذكره ابن رشد من انه اذا باع على ان لا يبيع
الا من فلان فهو بمنزلة ما اذا باع على ان لا يبيع ليس
بخلاف لما ذكره اللخمي فيما اذا باع على ان لا يبيع من
فلان لان الذي يظهر من كلام اللخمي ان البايع يشترط
على المشتري ان يبيع السلعة من فلان وانه لا يبقيها في
ملكه واما اذا كان معناه انه اذا اراد البيع باعها من
فلان فهي مثل ما قال ابن رشد فتامله والله اعلم الثامن
قال اللخمي قال في كتاب محمد فيمن باع جارية على ان لا يخرجها
من بلدها او على ان يخرجها الى الشام يفسخ البيع الا ان
يضع البايع شرطه وقال في مختصر ما ليس في المختصر
فيمن باع عبدا على ان يخرجه مبتاعه الى بلد اخر لا باس
به وهو ابين لان الشان ان البايع انما يشترط ذلك
لضرر يتقيه من العبد ان هو بقي فقد يكون شر برا

وقد يكون اطلع على اسراره او موضع ماله او غير ذلك من العذر
او يتقي مثل ذلك من الامة وان كان المشتري طاريا كان البين في
الجواز لانه يفعل ذلك من غير شرط انتهى **قلت** ظاهره ان ماذكره
عن مختصر ما ليس في المختصر خلاف لما في كتاب ابن المواز لقوله
بعده وهذا ابين والظاهر انه ليس بخلاف لان الذي في الموازيه
شرط عليه ان يخرجه الى بلد معين وهو الشام مثلا ففيه تحجير
و اما الذي في مختصر ما ليس في المختصر فلم يشترط الا اخراجه
من البلد التي ابيع فيها فقط ولا شك انه خفيف فالجواز فيه
كما قال اللخمي ظاهر بل يقول انه ليس بمخالف لما في الموازية فتامله
و على هذا فيلزم الشرط **و** للبايع ان يرد البيع ان اقام به المشتري
في البلد وهو ظاهر من كلام اللخمي **و** الله اعلم **وقال** ابن رشد في رسم
القبله من سماع ابن القاسم من جامع البيوع اجاز ابن وهب
ان يبيع العبد على ان يخرجه الى الشام ولم يجز ان يبيعه على
ان لا يبيعه الا بالشام **و** الوجهان على مذهب ابن القاسم **و** روايته
عن مالك سوا انتهى **و** هو موافق لكلام اللخمي الا انه زاد حكاية
قول ابن وهب **التاسع** تقدم ان من الشرط الذي لا يجوز اذا
شرط ان لا يركبها البحر وبذلك صرح ابن رشد في المقدمات
وفي رسم القبلة المتقدم وذكره على انه المذهب ولم يذكر خلاف
و نقله ابن عرفة وغيره ايضا وقبلوه **وقال** اللخمي وان شرط ان لا
يجيزها البحر جاز لانه ابقى ما سوى ذلك من البلدان ويختلف
اذا شرط ان يجيزها قياسا على من شرط ان يخرجها من بلدها انتهى

قلـ

١٢٢

قلت ماذكره في الفرع الاول خلاف ما نقل غيره انه المذهب
وماذكره في الفرع الثاني من القياس غير ظاهر والظاهر فيه
المنع **و** الله اعلم **العاشر** تقدم ان مذهب ابن القاسم
منع ان يبيع الرجل السلعة على ان المشتري ان باعها
فبايعها احق بها بالثمن الذي يبيعها به **و** بذلك صرح
ابن رشد في المقدمات وفي رسم القبلة المتقدم ذكره وذكر فيه
اذا وقع القولين المتقدمين في هذا القسم المشهور **و** زاد
في رسم القبلة قولا ثالثا فقال بعد ذكره القولين **وروي**
عن ابن القاسم انه فرق بين ان يبيع الرجل السلعه على ان لا يبيع
ولا يهب وما اشبهه من الشروط وبين ان يبيعه اياها
على انه ان باعها فهو احق بها بالثمن فجعل هذا بيعا فاسدا
يفسخ على كل حال وان رضي البايع بترك الشرط بخلاف الاول
انتهى فتحصل في المسيلة ثلاثة اقوال **و** لابن رشد اختيار
نذكره قريبا يكون رابعا **تنبيه** والاقالة في هذا
بخلاف البيع **قال** مالك في اول رسم من سماع اشهب من جامع
البيوع فيمن اقال من حايط على انه متى باعه بايعه المستقبل
فالمشتري احق به بالثمن الذي يبيعه به ثم باعه بعد زمان
ان للمشتري ان ياخذه بالثمن الذي باعه به اخرا وله ان يتركه
قال ابن رشد اوجب مالك للمقيل اخذ الحايط بشرطه وان
باعه المستقبل بعد زمان لقوله في الشرط متى باعه لان متى
لا تقتضي قرب الزمان بخلاف ما في سماع محمد بن خالد لابن القاسم

Copyright © King Saud University

وابن كنانة من التفرقة بين القرب والبعد على انه ان باعه من غيره
فهو له بالثمن وكان المقيل تخوف من المستقيل انه انما استقاله
ليبيعه من غيره بزيادة اعطيه وانما جاز هذا الشرط في الاقالة
لانه معروف فعله معه واشترط ان يكافيه عليه بمعروف
فلزم ذلك فيها بخلاف البيع ولمحمد بن خالد في سماعه ان الاقالة
لا تجوز على هذا الشرط كالبيع والذي يوجبه القياس والنظر
عندي انه لا فرق في هذا بين الاقالة والبيع وانه اذا اقاله
او باعه على انه متى باعه من غيره فهو احق به ان ذلك لا يجوز
لان فيه ابطالا لحق المشتري وظلما له في ان يوخذ منه ما ابتاعه
دون حق وانه ان هو استقاله او ساله البيع ابتداءً فقال له اخشى
انك انما سالتني الاقالة او البيع لربح اعطيته في ذلك لا لرغبة
فيه فقال لا اريد الا الرغبة فيه فاقاله او باعه على انه احق به بالثمن
ان باعه ان يكون احق به ان باعه بالقرب لانه تبقن انه انما استقاله
او ساله لذلك قال ابن رشد ولو اقاله او باعه على انه ان اراد بيعه
فهو احق به بالثمن الذي يعطى فيه لم يجز ذلك في البيع ويختلف
في الاقالة لان بابها المعروف لا المكايسة انتهى مختصرا
وفي سماع سحنون من جامع البيوع عن ابن القاسم فيمن استقال
مبتاعه فقال اخاف انك تريد بيعها بربح فقال البايع انما
اردتها لنفسي فاقاله على ذلك ثم باع تلك السلعة انه ان علم
انه استقاله ليبيعها فبيعه منتقض غير جايز وان باعها لغير
ذلك بدا له في بيعها وطال زمانها فبيعه جايز لقول مالك

فيمن

فيمن طلب من امراته ان تضع له مهرها فقالت اخاف ان وضعته
طلقتني فقال لا افعل فوضعته ثم طلقها لها الرجوع عليه بما
وضعت الا ان يطول الزمان ويتبين صحة ذلك فلا رجوع
لها قال ابن رشد قوله ان البيع منتقض اذا علم انه انما استقاله
ليبيعها صحيح لانه انما اقاله على ان لا يبيعها فان باعها نقض
البيع وردت اليه سلعته ويستدل على ذلك ببيعه اياها
بقرب ذلك واذا انقض البيع فيها انتقضت الاقاله وردت
الي المقيل ولو اقاله على انه ان باعها كان احق بها بالثمن الذي
يبيعها به فباعها بقرب ذلك لرد البيع فيها واخذها المقيل
على ما مضى في سماع اشهب وتنظيره ابن القاسم مسئلة
الطلاق صحيح لان قول المراة لزوجها اخاف الخ مثل قول
المبتاع اخاف ان اقيلك الخ ولم يجز بينهما هذا الكلام وانما
سال الرجل زوجته ان تضع عنه الصداق فوضعته ثم
طلقها بالقرب لرجعت عليه اذ قد علم انها انما وضعته رجا
استدامة صحبته ولو سال البايع المبتاع الاقالة فاقاله دون
كلام ثم باعها البايع بالقرب لم يكن للمبتاع في ذلك قول فهنا
تفترق المسئلتين ففي وضع المراة صداقها اذا سالها الزوج
ذلك لا فرق بين ان تضعه او تسكت او تقول اخشى ان وضعته
ان تطلقني فيقول لا افعل او تقول انما اضعه عنك على
انك ان طلقتني رجعت عليك في انه يكون لها ان ترجع عليه ان
طلقها بقرب ذلك الا ان تقول له انما اضعه لك على انك لا تطلقني ابدا

Copyright © King Saud University

وعلى انك متى طلقتني رجعت عليك به فيكون لها ان ترجع متى
طلقها كان لها ذلك بالقرب او بعد طول من الزمان انتهى
و مسئلة سحنون هذه هي التي تقدمت في كلام الشيخ خليل في
المسئلة السابقة في شروط النكاح لكنه ذكرها على وجه اخر وهو
ان البايع قال للمشتري متى بعتها فهي لك بالثمن الاول و الذي
في كلام سحنون انه ساله الاقالة فقال له اخاف انك تريد بيعها
فقال البايع انما اردتها لنفسي فاقاله على ذلك ولم يذكر فيه
انه قال له متى بعتها فهي لك بالثمن الاول و ذكر المسئلة في سماع
محمد ابن خالد عن ابن القاسم من جامع البيوع على نحو ما ذكر
صاحب التوضيح وقال بعدها قال محمد ابن خالد وكان ابن نافع
يقول لا تجوز الاقالة في هذا وهو بمنزلة البيع قال ابن لبابه
هذا اجيد من فتياه واستحسنه قال ابن رشد هذه مسئلة
قد مضى القول في شرحها في اول رسم من سماع اشهب وفي
سماع سحنون و نقل ابن عرفة في كلامه على الشروط ما تقدم عن
مالك في سماع اشهب و ما تقدم عن ابن القاسم في سماع سحنون
وسماع محمد بن خالد ثم قال قلت لما ذكر الصقلي قول ابن القاسم
بالجواز قال قال الشيخ هذا خلاف ما في الموطا عن عمر لا تقربها
وفيها شرط لاحد وفي المختصر ان ذلك في البيع لا خير فيه
والاقالة بيع انتهى والحاصل ان هذا الشرط لا يجوز في البيع ويفسد
كما تقدم وليس في ذلك خلاف و اما في الاقالة فاختلف فيه قال مالك
وابن القاسم بجوازه ولذلك اقتصر عليه الشيخ خليل في كلامه السابق

في شروط النكاح و اقتصر عليه غير واحد من الموثقين
والخلاف جار في الاقالة ولو كانت في الامة فان المسئلة
مفروضة في سماع محمد بن خالد من ابن القاسم فيمن باع ارضه
او جاريته ثم يستقيل و مقتضى كلامهم ان ذلك لا يوجب
منع البايع من وطيها بعد الاقالة وهو ظاهر فتامله
القسم الرابع من اقسام الشروط المتعلقة بالبيع ما يكون
الشرط فيه غير صحيح الا انه غير خفيف فلم يقع له حصة
من الثمن فيصح البيع ويبطل الشرط قال في المقدمات وذلك
مثل ان يبيعه السلعة ويشترط انه ان لم يات بالثمن الى
ثلاثة ايام او نحوها فلا بيع بينهما و مثل الذي يبتاع
الحايط بشرط البراة من الجايحة لان الجايحة لو اسقطها
بعد وجوب البيع لم يلزمه ذلك لانه اسقط حقا قبل وجوبه
فلما اشترط اسقاطها في عقد البيع لم يؤثر ذلك في صحته لان
الجايحة امر نادر فلم يقع لشرطه حصة من الثمن ولم يلزم
الشرط اذ حكمه ان يكون غير لازم الا بعد وجوب الرجوع
بالجايحة وما اشبه ذلك انتهى و لنذكر من هذا النوع فروعا
الفرع الاول الذي ذكره في المقدمات وهو ان يبيع السلعة
ويشترط له ان لم يات بالثمن الى اجله فلا بيع بينهما وفيها
اضطراب كثير يظهر ذلك لمن راجع كلام اهل المذهب فيها
والذي تحصل لي من كلام المدونة وشراحها كالشيخ ابي اسحاق
التونسي وابن يونس واللخمي وابي الحسن الصغير والرجراجي

جامعة الرياض ... المخطوطات

ومن كلام ابن بشير وصاحب التوضيح وابن عرفة وغيرهم ان في
المسيلة سبعة اقوال الاول كراهة هذا البيع ابتدا فان
وقع صح البيع وبطل الشرط وهو مذهب المدونة وعليه
اقتصر الشيخ خليل في مختصره وقال في كتاب البيوع الفاسدة
منها قال مالك ومن اشترى سلعة على انه ان لم ينقد ثمنها
الى ثلاثة ايام وقال اصبغ في موضع اخر الى عشرة ايام فلا بيع
بينهما فلا يعجبني ان انعقد البيع على هذا وكانه زاده في
الثمن على انه ان نقده الى ذلك الاجل فهي له والا فلا شي له فهذا
من الغرر والمخاطرة فان ترك ذلك جاز البيع وبطل الشرط
وغرم الثمن الذى اشترى به ولكني اجعل هلاك السلعة
وان كانت حيوانا من البايع حتى يقبضها المبتاع بخلاف
البيع الصحيح يحبسها البايع بالثمن تلك هلاكها من المبتاع
بعد عقدة البيع انتهى والقول الثاني ان البيع مفسوخ
والقول الثالث ان البيع جايز والشرط جايز حكى هذه
الاقوال القاضي عياض في التنبيهات والقول الرابع
التفصيل بين قوله ان جيتني بالثمن وقوله ان لم تاتني بالثمن
فان قال ابيعك على ان جيتني بالثمن فالبيع بيني وبينك
فالثمن حال كانه راه بيعا ثانيا واغاير بد فسخه بتاخير النقد
فيفسخ الشرط ويعجل النقد واذا قال ان لم تاتني بالثمن فكانه
لم ينعقد بينهما بيع الا ان ياتيه بالثمن فلا صح
يجبر على النقد الا الى الاجل حكاه في التنبيهات عن الدمياطية
وحكى الاقوال الاربعة صاحب التوضيح والرجراجي في شرح المدونة

والقول

والقول الخامس انه يوقف المشترى فان نقض مضى البيع
والا رد حكاه في التنبيهات وحكاه ابن عرفة والقول السادس
ان ذلك جايز فيما لا يسرع اليه التغير كالربع وما اشبهه ويكره
فيما يسرع اليه التغير حكاه ابن بشير في كتاب التنبيه
والقول السابع انه ان كان الاجل بعيدا كالشهر فحكمه حكم
البيع الفاسد حكاه في التنبيهات عن ابن لبابة عن ابن القاسم
ومفهومه انه اذا كان الاجل اقل من ذلك لا يكون كالبيع الفاسد
وسياتي لفظ التنبيهات وقال اللخمي ان دخلا على ان المبيع
على ملك البايع فان اتى بالثمن الى ذلك الاجل اخذها كان كبيع
الخيار يجوز فيه من الاجل ما يجوز في بيع الخيار ومفترق فيه
امد السلعة من امد الدار ومصيبته قبل القبض وبعده
من البايع وان دخلا على انه مشترى فان لم يات بالثمن اخذ المبيع
عن الثمن كانه شرطا فاسدا واختلف في الشرط الفاسد فقيل
البيع فاسد وقيل جايز والشرط باطل وقيل ان اسقطه جاز
وان تمسك به فسخ وهو احسنها تنبيهات الاول
اذا فرعنا على المدونة من جواز البيع بعد الوقوع وبطلان الشرط
فاختلف هل يجبر المشترى على نقد الثمن في الحال او لا شي له حتى
يحل الاجل قال في التنبيهات والاول ظاهر المدونة وحملها
اكثرهم على الثاني وحكى القولين الرجراجي في شرح المدونة وابن عرفة
وزاد ابن عرفة ثالثا بالفرق بين قوله ان جيتني بالثمن والا فلا
بيع بيننا فيجبر على التعجيل وقوله ان لم تاتني فيوخر للاجل

Copyright King Saud University

وعزاه للدمياطيه وهذا القول الرابع الذي ذكرناه في اصل المسيلة جعله
ابن عرفة مفرعا على مذهب المدونة وحكاه الرجراجي في اصل
المسيلة وكلام التنبيهات محتمل للامرين والظاهر
ما قاله ابن عرفة وقال اللخمي واختلف بعد القول ان الشرط
باطل هل يبقى البيع الى اجله لان الفساد ليس في الاجل
او يوقف الان فان امضى البيع ودفع الثمن والا فسخ
وان اراد ان يبقى البيع الى اجله لان الفساد ليس في الاجل
وانما الفساد في قوله ان لم تاتني بالثمن اخذ السلعة انتهى
قلت وهذا القول الثاني في كلام اللخمي هو القول الخامس
الذي حكيناه في اصل المسيلة وكذلك حكاه ابن عرفة في اصل
المسيلة وهو الظاهر وعلى ما قال اللخمي فيحصل في التفريع على
مذهب المدونة اربعة اقوال اكثر الشيوخ على القول
الثاني انه لا يجبر على النقد حتى يحل الاجل وهو اختيار
اللخمي كما تقدم وعلى القول بفساد البيع فحكمه حكم البيع
الفاسد وعلى القول بان البيع جايز والشرط جايز فحكمه
حكم بيع الخيار يجوز فيه من الاجل ما يجوز في بيع الخيار
في مثل تلك السلعة قاله الرجراجي الثاني وقع في عبارة الشيخ
خليل في مختصره وفي عبارة غيره في فرض المسئلة ان البيع
وقع على انه ان لم يات بالثمن الى اجل كذا من غير بيان للاجل
وظاهره انه لا فرق في ذلك بين الاجل القريب والبعيد وتقدم
في كلام المدونة ان ذلك الى ثلاثة ايام قال وفي موضع الى عشرة ايام
وقال

وقال في التنبيهات في الكتاب الى يوم او يومين او عشرة ايام
قال وكذا عندي وكذا في اصل سحنون رواية يحيى بن عمر ذكرها
عنه ابن لبابة وسقطت لفظة عشرة ايام من رواية غير يحيى وعند بعضهم
او ايام يسيرة مكانها وفي كتاب محمد ان لم يات بالثمن الى شهر فلا بيع بينهما ٢
قال اما الدور والرباع فلا باس به واما الحيوان فالكراهة انه يحول
وشرط في ذلك قيمة العروض باطل والبيع نافذ وسوى ابن القاسم بين
العروض وغيره وابطل الشرط وكرهه مالك في الجميع قال ابن لبابة
وجدت لابن القاسم اذا كان لشيء ان سبيله سبيل البيع الفاسد
انتهى والظاهر على مذهب المدونة انه لا فرق بين طول الاجل وقصره
والله اعلم الثالث تقدم في كلام المدونة ان ضمان المبيع في هذه
المسيلة من البايع ولو كان مما لا يغاب عليه كالحيوان حتى
يقبضه المشتري قال الشيخ ابو الحسن قال الشيوخ هذه من
مغربات المسايل جعل حكمه قبل القبض حكم البيع الفاسد وبعد
القبض حكم البيع الصحيح لانه امضاه بالثمن والصحيح ان هذا
البيع عنده مكروه انتهى وقاله المشذالي في حاشيته على المدونة
قال الشيخ ابو الحسن وقوله لان ذلك من الغرر والمخاطرة
انما يرجع لما علل به وهو قوله كانه زاده في الثمن ان لو كان ذلك
حقيقة انتهى الفرع الثاني اذا باع الحايط وشرط في عقد البيع
ان الجايحة على المشتري فالبيع جايز والشرط باطل وتلزم الجايحة
البايع اذا نزلت وهذا الفرع هو المسيلة الثانية في كلام المقدمات
واصل المسيلة في رسم باع من سماع ابن القاسم من كتاب المساقات

Copyright © King Saud University

والجوايح وتكلم عليهما ابن رشد بنحو ما تقدم في كلامه في المقدمات
ولم يزد وذكر اللخمي المسيلة في كتاب الجوايح وعزى هذا القول
لرواية محمد وزاد بعده وفي السليمانية البيع فاسد قال وقال
ابن شهاب البيع جايز والشرط جايز واري ان يخير البايع بين
ان يسقط شرطه وتكون المصيبة منه او يرد البيع ويكون
له بعد الفوات الاكثر من القيمة او الثمن وانما لم يصح الشرط
لان ما ينتقل اليه الثمرة من حلاوة ونضج مشترى وانما اشترى
الثمرة على انها على تلك الصفة فاشتراط الجايحة بمنزلة من اشترط
ان ياخذ ثمن ما لم يكن بعد انتهى و نقل ابن عرفة ما في سماع ابن القاسم
من الكلام على الجوايح وكلام اللخمي وذكر في التوضيح هذه المسيلة والتي
قبلها والخمس التي بعدها لما تكلم على ان لفظ العبد يتناول ثياب مهنته
و ذكر ان المتيطي وغيره ذكر ست مسايل قال مالك فيها بصحة
البيع وبطلان الشرط وذكر الست الاول ثم اضاف اليها
السابعة لكنه لما ذكر في مسيلة الجايحة القول الاول قال بعده
خلافا لما في السليمانية انه يوفي له بالشرط هكذا نقل ابن عبد السلام
و نقل اللخمي عن السليمانية ان البيع فاسد قال وقال ابن شهاب
ان البيع جايز والشرط جايز انتهى ولم يذكر ابن عبد السلام النظاير
وانما طرد مسيلة الجايحة في شرح قول ابن الحاجب ويلزم البايع
ما يفي فتحصل في هذه اربعة اقوال صحة البيع وبطلان الشرط
وهو قول مالك في كتاب ابن المواز وفي سماع ابن القاسم وعليه
اقتصر ابن رشد في البيان والمقدمات وعليه اقتصر الشيخ خليل في مختصره

والثاني

والثاني ما في السليمانية ان البيع فاسد على ما نقله اللخمي والثالث
ان البيع جايز والشرط جايز وهو الذي في السليمانية على ما نقله
ابن عبد السلام وهو قول ابن شهاب والرابع اختيار اللخمي
فيكون هذا الشرط من القسم الثاني من اقسام الشروط في البيع
و ظاهر كلام المتيطي ان القول الاول لمالك في المدونة فانه لما
تكلم على بيع الجارية بشرط انها عربانة في اخر الكلام على
المواضعة قال وهذه المسيلة من الست المسايل التي ذكر
فيها مالك في المدونة ان البيع جايز والشرط باطل ثم ذكرها
و اما المسيلة فقد تقدم كلام المدونة فيها و اما هذه المسيلة
فلم ار من عزاها للمدونة و لعل لفظ المدونة زايد في النسخة
التي وقفت عليها من المتيطية فاني لم اره في مختصرها لابن
هارون ولم يذكره الشيخ خليل عنه في التوضيح و الله اعلم

الفرع الثالث من اشترى ارضا وفيها زرع اخضر
على ان الزكاة على البايع هكذا ذكر المسيلة في التوضيح لما ذكر
النظاير التي ذكر المتيطي وغيره ان مالكا قال فيها بصحة البيع
وبطلان الشرط والذي في المتيطية ومختصرها لابن هارون
ما نصه الثانية من باع على ان لا زكاة عليه وهو مشكل كما
سياتي بيانه قال في كتاب الزكاة من المدونة ومن باع ارضه
بزرعها وقد طاب زرعها فزكاته على البايع و ان كان الزرع
اخضر فاشترطه المبتاع فزكاته على المشتري قال ابن يونس قال
في المستخرجة فان اشترط المشتري زكاته على البايع لم يجز لانه غرر

Copyright © King Saud University

اذ لا يعلم مقداره انتهى ونقله ابو الحسن وما نقله عن المستخرجة
هو في رسم العرية من سماع عيسى من كتاب زكاة الحبوب قال
ابن القاسم في رجل باع ارضا وفيها زرع لم يطب فاشترط
المشتري الزكاة على البايع قبل ان يطيب الزرع او قد طاب
قال مالك هي على المشتري ولا يجوز ان يشترط الزكاة على
البايع قبل ان يطيب الزرع فاذا طاب الزرع فهي على البايع
الا ان يشترطها على المشتري قال ابن رشد هذه مسئلة صحيحة
اما اذا اشترى الارض وفيها الزرع لم يطب فاشترطه
فالبيع جايز والزكاة عليه فان اشترط الزكاة على البايع
فسد البيع لانه اشترط عليه مجهولا لا يعلم قدره ولا
مبلغه واما اذا طاب الزرع فاشترى الارض بزرعها
فالزكاة على البايع فان اشترطها على المشتري فذلك اجوز
للبيع اذ هل قيل انه اذا باع جميع الزرع ولم يشترط جزء
الزكاة فسد البيع لانه باع ما ليس له وهو مذهب الشافعي
انتهى واقتصر صاحب النوادر وصاحب الطراز على
نقل ما في العتبية وظاهر كلامهم وكلام ابن يونس وابي الحسن
ان البيع يفسد بذلك كما صرح ابن رشد بذلك ولم ار من صرح
بصحة البيع وبطلان الشرط الا المصنف في التوضيح
واما كلام المتيطية ومختصرها فمشكل لانه يقتضي
ان البايع هو المشترط الزكاة على المشتري واشتراط البايع لذلك
على المشتري صحيح على كل حال لانه ان كان الزرع قد طاب فالزكاة

علي

١٢٨

على البايع وقد تقدم نص ابن القاسم على انه يجوز ان يشترطها
على المشتري وقال ابن رشد ان ذلك اجوز للبيع وصرح بجواز
اشتراط ذلك غير واحد وان كان الزرع لم يطب فالزكاة على
المشتري ولو لم يشترطها البايع فاشتراطها صحيح لانه من
الشروط التي يقتضيها العقد فتامله وقد مشى الشيخ خليل
في مختصره على ما قاله في توضيحه وتقدمت النصوص بخلاف
ذلك والله اعلم الفرع الرابع اذا شرط في عقدة البيع في
الامة التي تجب فيها المواضعة ان لا مواضعة فيها فمذهب
المدونة ان البيع صحيح ويبطل الشرط قال في كتاب الاستبرا
من المدونة واكره ترك المواضعة وايتمان المبتاع على
الاستبرا فان فعلا اجزاهما ان قبضها على الامانة وهي من
البايع حتى تدخل في اول دمها فان قبضها على شرط الحيازة
وسقوط المواضعة كالوخش او لم يشترط استضرا في
المواضعة او جهلا وجه المواضعة فقبضها كالوخش
ولم يتبرا البايع من الحمل لم يفسد البيع والزمتهما حكم
المواضعة قال الشيخ ابو الحسن الصغير اذا شرطا اسقاط
المواضعة او وقع الامر مبهما ولم يشترطا اسقاطها ولا
وجوبها عمدا او جهلا ولم يتبرا البايع من الحمل فالبيع صحيح
على مذهب الكتاب ويلزمهما حكم المواضعة وفي كتاب محمد ان
البيع فاسد اذا شرطا ترك المواضعة الشيخ يعني هذا اذا لم
كان البيع صحيحا فيتفقان في هذا انتهى وحكى ابن عرفة

Copyright © King Saud University

فيما اذا شرطا ترك المواضعة خمسة اقوال فذكر القولين السابقين
مذهب المدونة وما في كتاب محمد والقول الثالث صحة البيع
ولزوم الشرط وعزاه لابن عبد الحكم وهكذا ذكرهم ابن رشد في
المقدمات والقول الرابع ان شرط مع ذلك نقد الثمن بطل
البيع والا فلا وعزاه لابن حبيب والخامس ان تمسك
البايع بالشرط بطل البيع والا فلا وعزاه اللخمي وهذا
الخلاف اذا شرطا ترك المواضعة فاما ان وقع الامر مبهما
ولم يشترطا اسقاط المواضعة ولا وجوبها فالبيع صحيح
بالاتفاق ويلزمهما حكم المواضعة تنبيهات الاول
اذا وقع البيع بشرط ترك المواضعة او مبهما فلا يضر فيه
اشتراط النقد ويقضى بالمواضعة وينزع الثمن من البايع
على مذهب المدونة كما يفهم من كلام ابن عرفة حيث جعل القول
بالتفصيل بين اشتراط نقد الثمن وعدم اشتراطه مقابلا
لمذهب المدونة وعزاه لابن حبيب وهذا بخلاف ما اذا وقع
البيع بشرط المواضعة فان اشتراط النقد يفسده حينئذ
والفرق بينهما انهما اذا شرطا المواضعة وشرط البايع النقد
فقد دخلا على الغرر لانه تارة يصير ثمنا وتارة سلفا بخلاف
ما اذا شرطا ترك المواضعة فلم يدخلا على الغرر بل على انه ثمن
قال ابن يونس قال اصبغ ما بيع على المواضعة او على
معرفة المواضعة والاستبرا فان شرط النقد فيه يفسد البيع
الا ان يتطوع به بعد العقد فيجوز فاما ما لا يقع على البت

ممن

ممن لا يعرف المواضعة مثل بيع اهل مصر وممن لا يعرفها من البلدان
بيننا يبيعون على النقد ولا يشترطون نقدا ولا مواضعة فهو بيع
لازم ولا يفسخ ويقضى عليهما بالمواضعة قال مالك في العتبية
ولو انصرف بها المبتاع وغاب عليها ردت الى المواضعة ولا
حجة للمبتاع بغيبته عليها وهو قد ابتمنه عليها انتهى
وقال ابن عرفة وشرط نقد المواضعة في عقد بيعها يفسده
وطوعه بعد جايز في بيعها بتا وبخيار مذكور في كتاب
الخيار وروى محمد بيع من لا يعرف المواضعة كاهل مصر
يبيعون على النقد لا يشترطون نقدا ولا مواضعة صحيح
ويقضى بها وينزع الثمن من البايع اذا طلبه المبتاع قال
ابن عرفة قلت وان لم يطلبه لقول محمد لا يوقف بيد البايع
ولو طبع عليه وفرق بينه وبين رهن ما لا يعرف بعينه
مطبوعا عليه بانه في المواضعة غير حقه انتهى قلت
وقوله في الرواية ولا يشترطون نقدا ولا مواضعة معناه
لا يدخلون على المواضعة ويشترطون تعجيل النقد وقول
ابن عرفة ينزع الثمن وان لم يطلبه المبتاع ليس بظاهر لجواز التطوع
بالنقد في بيع المواضعة الثاني قوله في المدونة ولم يتبرا البايع
من الحمل يريد واما ان يتبرا من الحمل فان كان الحمل ظاهرا فلا
مواضعة وان كان خفيا فشرط البراة منه يفسد البيع في
العلية التي تحتاج للمواضعة على المشهور للغرر وقيل يصح البيع
ويبطل الشرط قاله في كتاب ابن المواز وقيل البيع والشرط جايز

قاله ابن عبد الحكم نقل الاقوال الثلاثة ابن رشد وابو الحسن وغيرهما
في كتاب الاستبرا الثالث اذا اسقط المشتري المواضعة
بعد العقد صح ذلك ولو كره البايع على مذهب المدونة خلافا
لسحنون قال في كتاب الاستبرا من المدونة وللمبتاع قبولها في المواضعة
قبل محيضها على الرضا بالحمل ان كان بها ولا يجوز ذلك في اصل التبايع
وله ان يزوجها مكانه قبل ان يستبريها كما كان للبايع ويحل للزوج
وطيها مكانه انتهى الرابع قال في المقدمات اذا اراد المبتاع بعد ان
اشترى على المواضعة وصح عقد البيع ترك المواضعة ويرضى
الامة وان كانت حاملا كان ذلك له عند ابن القاسم وان كره البايع
وقال سحنون لا يجوز ووجه قوله انه اسقط الضمان عن
البايع على ان يتعجل خدمة الجارية ويدخله سلف جر نفعا
لانه عجل له النقد بما تعجل من خدمة الجارية انتهى وقال
ابن عرفة وفي صحة اسقاطها بعد العقد قولان لها وللشيخ
عن بن عبدوس قايلا كانه اسقط ضمانها عن البايع بما تعجل
من خدمتها وكذا ان طاعا معا بذلك كانه عجل له الثمن بما تعجل
من نفعها فهو سلف بنفع وذكره ابن رشد كانه من عنده وقال
فيدخله ابتياع الضمان انتهى الفرع الخامس اذا باع الامة
العلية بشرط البراة من الحمل الخفي وقد تقدم الكلام عليها
في المسيلة الرابعة وان المشهور ان البيع يفسد بذلك
الفرع السادس اذا كانت العادة جارية بالبيع على العهدة
فاشترط البايع في عقدة البيع اسقاطها عنه فقيل يصح البيع

ويوفي

ويوفي له بالشرط ولا عهدة عليه وقيل يسقط الشرط ولا يوفى له
حكى القولين اللخمي في تبصرته واختار الاول وخرج ثالثا
بفساد البيع لفساد الشرط ورد المازري التخريج بان ذلك
في الشرط المتفق على فساده واما المختلف فيها اختلافا
مشهورا فلا يوجب فساد الان الخلاف المشهور تحصل مراعاته
واما ان شذ وضعف فتسقط مراعاته وحكى بن عرفة
الاقوال الثلاثة عن اللخمي لكنه لم ينبه على اختيار للقول
الاول وذكر الشيخ خليل في التوضيح في الكلام على العهدة
انه وقع في بعض نسخ ابن الحاجب بعد قوله وللمشتري
اسقاطها بعد العقد ما نصه وللبايع قبله كعيب غيره
قال وعليها تكلم ابن رشد فقال يعني وللبايع اسقاط العهدة
قبل العقد كما له ان يتبرا من ساير عيوب الرقيق انتهى
ولم يذكر هنا غير هذا الكلام ثم ذكر في شرح قول ابن الحاجب
والعبد يشمل ثياب مهنته النظاير التي يصح فيها
البيع ولا يوفى بالشرط عند المتيطي وغيره وذكر من
جملتها هذه المسئلة ولم يذكر فيها خلافا ايضا ولا نبه
على ان هذا مخالف لما تقدم واقتصر على هذا القول في
مختصره وقد ذكر المتيطي في الكلام على العهدة الخلاف
الذي ذكره اللخمي واقتصر في اخر كلامه على المواضعة لما
ذكر النظاير على القول بصحة البيع وسقوط الشرط وذكر
صاحب الشامل في الكلام على العهدة القولين وصدر بالقول الاول

Copyright King Saud University

وانه يوفي بالشرط وعطف الثاني بقيل ثم لما ذكر النظاير اقتصر على القول
الثاني الذي اقتصر عليه الشيخ خليل في مختصره والحاصل ان كلا من
القولين الاولين قويا مرجحا واما الثالث فضعيف بل انما هو
تخريج فقط والاظهر من القولين الاولين ما اقتصر الشيخ خليل
في مختصره لانه من باب اسقاط الحق قبل وجوبه الفرع
السابع اذا بيع العبد او الامة فان ثياب المهنة تدخل
تبعا ولا يدخل معها ما كان للزينة فان اشترط البايع ثياب
المهنة وانه يبيع العبد عريانا والجارية عريانة فهل يوفى
له بالشرط وهو قول عيسى ورواية عن ابن القاسم في المدونة
وصححه ابن رشد في سماع اشهب من كتاب العيوب من
العتبية وفي اول رسم من سماع ابن القاسم من جامع البيوع
وذكر انه مضت به الفتيا او يصح البيع ويبطل شرطه
وهو الذي رواه اشهب عن مالك في كتاب العيوب من
العتبية قال ابن مغيث في وثايقه وبه مضت الفتيا
عند الشيوخ وذكر القولين الشيخ خليل في توضيحه ومختصره
وابن عرفة فرع اذا باع الجارية وعليها ثياب للزينة
ولحدها فهي للبايع قال ابن رشد في اول رسم من سماع
ابن القاسم من كتاب جامع البيوع ويلزم البايع ان يكسوها
كسوة تصلح لمثلها للبذلة وقيل لا يجب ذلك وعليه
اذا لم يشترط المبتاع فان اشترط المبتاع لزم البايع
انتهى ونقله ابن عرفة وقبله فرع قال في سماع اشهب المتقدم

لو

لو باع الجارية على ان ينزع ما عليها ولا يكون لها الا ثوب بن خلق ين
في المنزل فجاء بهما فاذا هما لا يواريانها فليس له ذلك ولو
اشترطه في البيع لازم ويلزمه ان يعطيها ثوبا يواريها
فاما ثوبان لا يواريانها فلا وارى ان يعطيها ازارا قيل
فالقميص قال لا بل ازارا وثوبا قال ابن رشد النظر
وقياس المذهب فساد هذا البيع لان اخلاق الثياب
يختلف ولو وصفها له لم يجز الا على اختلاف لانهما حاضران
بالبلد انتهى باختصار ابن عرفة الفرع الثامن اذا اشترط
المشتري ما لا غرض فيه ولا مالية كما لو شرط انه امي فيجده
كاتبا او انه جاهل فيجده عالما ولا غرض له في ذلك فالمعروف
من المذهب ان الشرط يلغى ومقابله ان يوفى به قال في
التوضيح ومقابل المعروف ذكره صاحب البيان وابن
زرقون فلا التفات الى قول ابن بشير لا اعلم فيه خلافا
وقد يجري الخلاف فيه على وجوب الوفا بشرط ما لا يفيد
انتهى ذكره في اول الكلام على خيار النقيصة قال ابن
عرفة شرط ما لا ينقص ولا غرض فيه بوجه لغو وتخريج
ابن بشير اجابة الخيار من الخيار في لزوم الوفا به تخريج
للشي على نفسه والخلاف فيه منصوص انتهى والمسيلة في
رسم الجواب من سماع عيسى من جامع البيوع الفرع التاسع
اذا اشترط البايع على المشتري في عقدة البيع انه لا يرد المبيع
لما يظهر فيه من العيوب القديمة فان البيع يصح ويبطل الشرط

Copyright © King Saud University

الا ان يشترط البايع البراة من العيوب التي يجهلها في الرقيق
خاصة فله ذلك اذا طالت اقامته عنده **تنبيه** اذا
اسقط المشتري العهدة بعد العقد لزمه ذلك كما صرح به
ابن شاس **و**تبعه ابن الحاجب **و**ابن عبد السلام **و**الشيخ خليل
في توضيحه ومختصره **و**ابن عرفة **و**كذلك اذا اسقط حقه
من المواضعة كما تقدم عن المدونة بخلاف ما اذا اسقط
حقه من الجايحة بعد العقد وقبل وجودها كما تقدم في كلام
ابن رشد والفرق بينهما ان العهدة والمواضعة حقان يجبان
للمشتري بالعقد فاسقاطهما بعد العقد اسقاط للحق
بعد وجوبه بخلاف الجايحة لانها انما توجب الرجوع اذا وجد
سببها وهو غير محقق الوجود **و**اما اذا اسقط حقه من
القيام بالعيب بعد العقد وقبل ظهور العيب **فقال** الشيخ
ابو الحسن في كتاب الاستبرا في مسيلة اسقاط المواضعة
بعد العقد يقوم من هنا ان من تطوع بعد عقد البيع ان
لا قيام له بعيب يظهر في المبيع انه يلزمه سوا كان مما
يجوز منه البراة ام لا يجوز منه البراة في كتاب ابن المواز
في اخر باب البراة من كتاب العيوب فرق ما بين ما يجوز
منه البراة وما لا يجوز ونحوه في كتاب الصلح من المدونة
في مسيلة الدابة اذا تبرا من مشتريها **قال** ابو محمد صالح
الفرق بينهما ان مسيلة الاستبرا بغير عوض وما في الروايات
من كتاب الصلح وكتاب ابن المواز بعوض **قال** الشيخ ابو الحسن

ولا

ولا معنى لهذا الفرق لانه لا يفرق به الا حيث يكر بالفساد
على العقد انتهى **قلت** اما مسيلة كتاب الصلح فهي في اواخره
ونصها قيل لابن القاسم فيمن باع من رجل عبدا ثم صالحه
بعد العقد من كل عيب به على دراهم دفعها اليه **قال** قول
مالك ان المتبري في العهدة من كل عيب بالعبيد او مشتري
بالدابة لا يبرى حتى يريه ذلك او يبينه والا لم ينفعه
في ذلك البراة ويجب للمبتاع القيام بما ظهر من عيب انتهى
واما مسيلة كتاب ابن المواز فذكرها في النوادر في ترجمة
بيع البراة ونصها **و**من كتاب ابن المواز **قال** مالك ومن
باع دابة ثم وضع له بعد البيع دينارا على عيوبها فوجد
عيبا فله الرد **قال** اصبغ كما لو باعها بالبراة لم ينفعه
ثم ذكر عن ابن حبيب نحو ذلك وانه يرد الدينار **و**اما
قول الشيخ ابي الحسن لا معنى للفرق الذي ذكر الشيخ ابو محمد
صالح فغير ظاهر لانه اذا اسقط حقه من القيام بالعيب
بعوض فهي معاوضة مجهولة لان المشتري لا يدري ما الذي
يظهر في السلعة المبيعة من العيوب فقد اخذ الدينار
على شي مجهول **و**اما اذا اسقط ذلك بغير عوض فلا
محظور في ذلك نعم انما ينظر فيه هل هو من باب اسقاط
الحق قبل وجوبه فيكون كالجايحة لا تسقط **او** انما هو
من اسقاط الحق بعد وجوبه فيلزم وهذا هو الظاهر لانه
ان كان هناك عيب يوجب الرد فهو موجود غاية الامر

Copyright © King Saud University

ان المشتري يحمله بخلاف الجايحة فان سببها غير موجود فتامله
فالاقالة صحيحة وتحمل كلام ابن سلمون المتقدم في المسئلة
الرابعة عشر من الفصل الاول على ما اذا التزم عدم القيام
بالعيب في عقدة البيع كما يظهر ذلك من كلامه لمن تامله ونصه
واذا التزم المشترى ان لا يقوم بعيب فلا يلزمه ذلك
وله القيام به اذا وجد عيبا الا ان يسمى له كما تقدم انتهى
قلت وفي مسئلة كتاب الصلح اشكال من وجه اخر
حيث سوى فيها بين العبد والدابة ينظر في ذلك في
شرح المدونة والمشش بميم مفتوحة ثم شينين
معجمتين اولهما مفتوحة شيء يرتفع في وظيف الدابة
حتى يكون له حجم وليس صلابة العظم الصحيح والوظيف
مستدق الذراع والساق من الخيل والابل الفرع
العاشر اذا كان لشخص على احد دين ثم اشترى
صاحب الدين من المدين سلعة بثمن من صنف الدين
وبصفته فاراد صاحب الدين ان يقاصه في ثمن سلعته
بالدين الذى له فالمشهور من المذهب وجوب الحكم
بالمقاصة وروى زياد عن مالك انه لا يحكم بها قال ابن
رشد ومثله في كتاب الصرف من المدونة خلاف ما في
النكاح الثاني والسلم الثاني والوكالات منها واختلف
على القول المشهور بوجوب الحكم بالمقاصة اذا اشترى
منه بشرط ان لا يقاصه على ثلاثة اقوال احدها ان الشرط باطل

ويحكم

133

ويحكم بالمقاصة وهو قول مالك في سماع اشهب من كتاب
المديان وقيل الشرط عامل وهو قول ابن كنانة وابن القاسم
في المدينة وقد تؤولت مسئلة كتاب الصرف على هذا لان
الصرف لما كان على المناجزة فكانهما شرطا ترك المقاصه
وتعليله يرد هذا التاويل وقيل ان البيع فاسد اذا كان
الدين حالا لانه اذا اشترط ترك المقاصة فكانه شرط ان
يوخره بالدين فيدخله البيع والسلف وروى ذلك
عن ابن القاسم وقال اصبغ هو خفيف اذا لم يضرب للدين
اجلا ولم يشترط ان لا يقضيه ذلك اليوم ذكر هذا
الخلاف ابن رشد في رسم العشور من سماع عيسى من كتاب
النذور ويشبه ان يكون قول اصبغ رابعا فتامله
ويظهر من كلام ابن رشد ترجيح القول الاول بصحة البيع
وابطال الشرط وكرر الكلام ايضا في سماع اشهب من
كتاب المديان والتفليس وزاد فيه مفرعا على القول
الثاني فقال واذا قلنا ان البيع جايز والشرط عامل
فيلزمه ان يوخره قدر ما يرى لان قوله لا اقاصك بمنزلة
قوله اوخرك اذ لا يكون له ان يترك مقاصته ثم يطالبه برده اليه
في المجلس كالذى يسلف الرجل سلفا حالا ثم يطالبه باديه اليه
في الوقت وذكر ابن عرفة في فصل المقاصة كلام ابن رشد في رسم
العشور المذكور والله اعلم فرع ومن هذا الباب ما اذا ابتعت
سلعة بدراهم ودفعتها للبايع ثم اقالك قبل التفرق ودراهمك بيده

Copyright © King Saud University

وشرطت عليه استرجاعها للبايع او لك بعينها قال الشرط
لا يلزم قاله في كتاب السلم الثاني من المدونة ونقله في التوضيح
في كتاب الصرف ونقل ابن يونس فيه خلافا فانظره المسيلة
الرابعة في الشروط المتعلقة بالقرض وهي علي ثلاثة
اقسام قسم يفسد به القرض وقسم لا يفسد به القرض ويلزم
الوفا به وقسم اختلف فيه فالقسم الاول كلما جر نفعا
لغير المقترض سوا جره للمقرض او لغير المقرض والمقترض
قال في سماع ابن القاسم من كتاب السلم والاجال فيمن له علي رجل
عشرة دنانير حل اجلها فعسر بها فيقول له رجل اخر وانا
اسلفك عشرة دنانير قال مالك ان كان الذي يعطي يكون له
علي الذي له الحق فلا خير فيه وان كان قضا عن الذي عليه
وسلفا له فلا باس به قال ابن رشد لانه لا يحل السلف الا ان
يريد به المسلف منفعة المتسلف لا منفعة نفسه ولا منفعة
سواه انتهى بالمعنى فكل شرط ادي الي منفعة غير المتسلف
فانه يفسد به القرض كشرط ان يعطيه سالما بدل عفن
او مسوس او شرط ان يقضيه في بلد اخرى اذا كان
فيه نفع للمقرض حملا او غيره فيفسد القرض بذلك
ويلزم رده ان كان قايما فان فات رد مثل المثلي وقيمة
المقوم علي المشهور والقسم الثاني ما لا يفسد به القرض
ويلزم الوفا به كشرط المقرض الرهن او الحميل وكشرط
المستقرض الاجل فان اقترض الي اجل سماه لزم بلا خلاف

في

في المذهب وان لم يشترط اجلا رجع الي المتجدد بالعادة وليس
للمقرض الرجوع قبلها على ظاهر المذهب وعليه اقتصر
الشيخ خليل في مختصره وابن الحاجب ولو كان الدين موجلا
وحل اجله او حالا وقال رب الدين للذي عليه اوخرك
من غير تعيين مدة التاخير لزم التاخير قدر العادة في
ذلك كما تقدم في كلام ابن رشد في الفرع العاشر اذا شرط
ترك المقاصة والقسم الثالث المختلف فيه
وهو ما اذا اشترط فيه ما يوجبه الحكم كما اذا شرط رد المثل
قال في الذخيرة قال سند ومنع ابن القاسم ان يقول الرجل
للرجل اقرضك هذه الحنطة علي ان تعطيني مثلها وان
كان القرض يقتضي اعطا المثل لاظهار صورة المكايسة
قال اشهب ان قصد بالمثل عدم الزيادة فغير مكروه وكذلك
ان لم يقصد شيا فان قصد المكايسة كره ولا يفسد العقد
لعدم النفع للمقرض ونقله ابن فرحون وقال ابن ناجي
في شرح قوله في الرسالة الا ان يقرضه قرضا شيا في مثله
صفة ومقدارا يوخذ من كلامه جواز اشتراط ما يوجبه
الحكم لان الصفة والمقدار يوجبهما الحكم وان لم يقع العقد
عليهما في القرض واختلف في فساد العقد به ان وقع وشرط
علي ثلاثة اقوال ثالثها يمنع في الطعام فان وقع فسخ انتهى
والله اعلم ومن ذلك ما اذا التزم المتسلف تصديق المسلف
في عدم القضا دون يمين قد تقدم الكلام عليه في الباب الاول

والله اعلم

Copyright © King Saud University

المسيلة الخامسة في الشروط المتعلقة بالرهن والوديعة والعاريه اما الشروط المتعلقه بالرهن فهي ايضا علي ثلاثة اقسام قسم يبطل به الرهن وقسم لا يبطل به الرهن ويلزم الوفا به وقسم لا يبطل به الرهن ولا يلزم الوفا به فاما الاول فكل شرط مناف لمقتضي الرهن كشرط الراهن ان الرهن يبقي بيده او انه يعاد اليه او انه لا يباع في الدين المرهون فيه او انه ان مضت مدة خرج من الرهن فان الرهن يبطل بذلك كله فان مات الراهن او فلس دخل الغرما كلهم في الرهن والله اعلم والقسم الثاني وهو ما لا يبطل به الرهن ويلزم الوفا به كشرط كون الرهن تحت يد المرتهن او تحت يد عدل فان وقع العدل بينهما فالقول قول من دعي الي وضعه علي يد عدل فان اختلف الراهن والمرتهن في عدلين فان الحاكم ينظر في ذلك وكذلك ان شرط المرتهن الانتفاع بالرهن مدة معينة اذا كان الرهن في ثمن مبيع وشرط ذلك في عقد البيع وكان الرهن مما يصح كراوه كالدور والعبيد والدواب فان ذلك لازم لانه بيع واجارة واجتماع البيع والاجارة جايز علي المشهور ولا يجوز اشتراط ذلك في القرض ولا بعد عقد البيع لانه ان كان ذلك بغير عوض فهو هدية مديان وان كان بعوض جرى ذلك علي الكلام في مبايعة المديان وكذلك لا يجوز اشتراط منفعة الاشجار اذ لا يجوز كراوها لاخذ ثمارها الا ان يكون ثمرتها قد طابت فيجوز

اشتراطها

نعم هنا تعد

اشتراطها في ذلك العام فقط وكذلك لا يجوز اشتراط المنفعة مدة غير معينة كما لو قال له انتفع بها حتي اعطيك حقك فان ذلك لا يجوز ومن الشروط اللازمة ان يشترط المرتهن اخذ غلة الرهن من دينه فيجوز ذلك في القرض ويلزم الراهن ولا يجوز ذلك في البيع اذا شرطه في عقده البيع للجهل اذ لا يدرى ما يقتضي بنقد ام يكثر نص عليه في حريم البير من المدونة ومن الشروط اللازمة ان يشترط المرتهن علي الراهن ان الامين يبيع الرهن عند الاجل ويوفيه حقه دون مشاورة القاضي وسوا اذن في ذلك في عقدة الرهن او بعده واما اذا اشترط المرتهن علي الراهن ان يبيع الرهن وكان تحت يده فان كان ذلك في عقد الرهن فلا يجوز وان كان بعده جاز والقسم الثالث وهو ما لا يبطل به الرهن ولا يلزم الوفا به كما اذا شرط المرتهن علي الراهن انه لا يضمن الرهن الذى يغاب عليه او شرط الراهن علي المرتهن ضمان الرهن الذى لا يغاب عليه اما الصورة الاولي وهي ما اذا شرط المرتهن عدم الضمان في ما يغاب عليه فاختلف في ذلك قال اللخمي قال مالك وابن القاسم ان شرط المرتهن انه مصدق دون بينة لم ينفعه شرطه وقال اشهب الضمان ساقط بالشرط قال اللخمي وارى ان يسقط الضمان مع الشرط لانه شرط صحيح لا فساد فيه فوجب الوفا به وهذا اذا كان الرهن مشترطا في عقد البيع وان كان بعد تقرر الدين في الذمة كان له

Copyright King Saud University

شرطه على كل حال لان تطوعه بالرهن معروف منه واسقاط
الضمان معروف ثان فاشبه العارية اذا شرط ان لاضمان
على المستعير فاتفق ابن القاسم واشهب ان لاضمان عليه
لان العارية معروف واسقاط الضمان معروف ثان انتهى
ونقله ابن عرفة ولفظه وفي لغو شرط المرتهن سقوط ضمانه
واعماله نقل اللخمي عن ابن القاسم مع مالك واشهب وصوبه
ثم قال وهذا ان كان في عقد البيع او القرض وان كان بعدهما
اعتبر الى اخره ونقل في التوضيح نحو هذا عن المازري ونصه
وقول ابن القاسم واشهب يحسن اذا كان الرهن في عقد بيع او
سلف لان الرهن يكون له هناك حصة من الثمن في البيع او
معناها في السلف واما لو كان الاشتراط في رهن تطوع به الراهن
بعد عقد البيع والسلف من غير شرط فانه ههنا لا يحسن
الخلاف لان التطوع ههنا بالرهن كالهبة فاذا اضاف الى هذا
التطوع اسقاط الضمان فهو احسان الى احسان فلا وجه
للمنع فيه ويوكد هذا ان ابن القاسم واشهب اتفقا على انه يوفى
له بالشرط في العارية وما ذاك الا لان العارية لا عوض فيها
لا نها هبة ومعروف ونحوه للخمي انتهى كلام التوضيح وعلى قول
مالك وابن القاسم اقتصر الشيخ خليل في مختصره ولم يذكر
ما قيل به اللخمي والمازري مع انه نقله في التوضيح وقبله ابن
عرفة ايضا كما تقدم قلت وظاهر الرواية خلافه قال
في كتاب الرهون من المدونة ومن ارتهن ما لا يغاب عليه وشرط

ان لا

وشرط ان لا ضمان عليه فيه وانما هو مصدق لم ينفعه شرطه
وضمن ان ادعى انه ضاع قال ابن يونس لان ذلك خلاف
السنة قال بعض البغداديين لانه شرط بنافي حكم اصل
العقد فلم يصح اصله اذا شرط في الوديعة ان يضمن وقال
في النوادر ولو شرط فيما يغاب عليه ان لا يضمنه وان يقبل
قوله فيه فقال ابن القاسم شرطه باطل وهو ضامن لان ذلك
خلاف السنة وقال في البرقي عن اشهب شرطه جائز وهو
مصدق وكذلك في العارية انتهى فلم يعلل ابن القاسم بطلان
الشرط الا بانه خلاف السنة فظاهره سوا كان الرهن في العقد
او تطوعا كما قال الشيخ خليل وابن الحاجب وغيرهم والله اعلم
واما الصورة الثانية وهو ما اذا شرط الراهن الضمان فيما
لا يغاب عليه قال في التوضيح قال في المدونة والموازية
لا يلزمه وضمانه من ربه وقال مطرف واذا شرط ذلك
لخوف طريق ونحوه فهلكت الدابة بسبب ذلك الخوف فانه
ضامن انتهى وقال ابن عرفة ولابن رشد في سماع القرويين
في تضمين الصناع لو اشترط المعير او الراهن ضمان ما لا
يغاب عليه من الحيوان فشرطه باطل من غير تفصيل قاله مالك
وكل اصحابه حاشا مطرف قال ان شرط لامر خافه من نهر
او لصوص او شبه ذلك فشرطه لازم ان عطب فيما خافه
وقال اصبغ لا شي عليه في الوجهين كقول مالك واصحابه انتهى
وقال اللخمي في كتاب الرهن قال ابن القاسم اذا اشترط ضمان الحيوان

Copyright © King Saud University

فانه شرطه باطل ويجري فيها قول اخر انه ضامن لان الحيوان
مختلف في ضمانه فالشرط ههنا اخذ باحد القولين انتهى فرع
حكم العارية في الضمان حكم الرهن يضمن المستعير ما يغاب
عليه ولا يضمن ما لا يغاب عليه فان شرط المستعير علي المعير
نفي الضمان فيما يغاب عليه ففي ذلك طريقان الاولي لابن الجلاب
وابن رشد وغيرهما ان شرطه باطل والضمان لازم قال ابن الجلاب
في كتاب العارية ومن استعار ما يغاب عليه علي انه لا ضمان
عليه فالشرط باطل وهو ضامن انتهى وقال ابن رشد في كتاب
العارية من المقدمات فان اشترط المستعير ان لا ضمان
عليه فيما يغاب عليه فشرطه باطل وعليه الضمان قاله ابن القاسم
وفي بعض روايات المدونة وهو ايضا في العتبية لاشهب
وابن القاسم من رواية اصبغ عنهما في بعض الروايات من كتاب
العارية وعلى ما حكي ابن ابي زيد في المختصر عن اشهب في الصانع
يشترط ان لا ضمان عليه ان شرطه جايز ولا ضمان عليه ينفعه الشرط
في العارية لانه اذا لزم في الصانع فاحري ان يلزم في المستعير
لان المعير اذا اعاره علي ان لا ضمان عليه فقد فعل المعروف
معه من وجهين فالاظهر اعمال الشرط وما لاسقاطه وجه
الا ان تكون ذلك من باب اسقاط حق قبل وجوبه فلا يلزم علي
احد القولين انتهى وقال في اول سماع اشهب من كتاب
تضمين الصناع ولابن القاسم واشهب في سماع اصبغ من
كتاب العارية ان الشرط غير عامل في الرهن والعارية ومثله
لابن

لابن القاسم ايضا في بعض روايات المدونة في العارية في كتاب الرهن
منهما ثم قال ولا وجه لاسقاط الشرط في العارية لانه فعل معه
معروفا من جهتين والرهن قريب من العارية وما لاسقاطه
فيهما وجه الا انه من باب اسقاط حق قبل وجوبه فيجري ذلك
على اختلافهم في هذا الاصل انتهى وله نحو ذلك في سماع اصبغ
من كتاب العارية الطريق الثاني للخمي والمازري وقد تقدم في
كلام اللخمي في مسيلة الرهن ان ابن القاسم واشهب اتفقا على انه
لا ضمان علي المستعير اذا اشترط نفي الضمان وتقدم في كلام التوضيح
عن المازري نحوه وقال اللخمي في كتاب العارية واختلف اذا شرط
المستعير انه مصدق في تلف الثياب وما اشبهها فقال ابن القاسم
واشهب له شرطه ولا شي عليه وقال سحنون فيمن اعطى لرجل مالا
ليكون له ربحه ولا ضمان عليه انه ضامن فعلى هذا يسقط شرطه
والاول احسن لان العارية معروف واسقاط الضمان معروف
ثان وليس بمنزلة ما كان اصله المكايسة او عن معاوضة
كالرهن والصناع انتهى ونقل ابن عرفة كلام ابن الجلاب وابن رشد
وعبر عن كلام ابن الجلاب بقوله نقل الجلاب عن المذهب ثم قال
وفي غير نسخة من اللخمي قال ابن القاسم واشهب وذكر ما تقدم ثم قال
ابن عرفة قلت ما نقله عن ابن القاسم واشهب خلاف نقل غير
واحد عنهما والعجب من ابن رشد وشارحي ابن الحاجب من عدم
التنبيه عليه انتهى قلت ما تعجب منه ظاهر وقد نبه
على ذلك الشيخ خليل في توضيحه فنقل كلام اللخمي والمازري في شرح التلقين

Copyright © King Saud University

ثم قال والذي في المقدمات الضمان ونسبه لابن القاسم وقال في مختصره
وضمن المغيب عليه الا ببينة وهل وان شرط نفيه تردد
واعجب مما نتعجب منه ابن عرفة ما وقع في سماع اصبغ من
كتاب العارية عن اشهب ونقل ابن رشد ان الشرط باطل في
الرهن والعارية وقد تقدم في كلام النوادر عن اشهب ان الشرط
جائز في الرهن والعارية ونقله ابن يونس ايضا في كتاب الرهون
وقبله ونقله عنه غير واحد ونقل ابن عرفة في الرهن عن اللخمي
عن اشهب ان الشرط عامل وقبله وكذلك الشيخ ابو الحسن
الصغير والرجراجي ونقل الشيخ ابو الحسن كلام اللخمي في كتاب
الرهون وكلام ابن رشد في كتاب العارية ولم ينبه على ما بينهما
من الخلاف في الرهن والعارية ونقل ابن رشد في اخر كتاب تضمين
الصناع عن اشهب القولين ويفهم من كلام ابن رشد ان
الاشهر عن اشهب ان الشرط ينفعه ولعل ابن القاسم له قولان
ايضا فالذي تحصل من هذا ان المشهور عن ابن القاسم بطلان
الشرط في الرهن والعارية وعن اشهب ان الشرط جائز فيهما وقد
صرح الرجراجي في باب الرهون بان المشهور من المذهب
ان الضمان في العارية لا يسقط عن المستعير بشرطه واما قول
ابن رشد انه لا وجه لاسقاط الشرط في العارية الخ فغير ظاهر
لان ابن القاسم لم يعلل ذلك الا بكون الشرط مخالفا لاصل سنة
العقد فلا حاجة الي تخريجه علي اسقاط الحق قبل وجوبه بل
الظاهر انه لا تخريج علي ذلك لان الحق المسقط الذي هو ضمان المرتهن

ترتب

ترتب عليه بقبضه للرهن فتامله هذا حكم الصورة الاولى واما
الصورة الثانية وهي ما اذا شرط المعير علي المستعير ضمان
ما لا يغاب عليه فقال ابن رشد في المقدمات وفي سماع اشهب
من تضمين الصناع وفي سماع اصبغ من كتاب العارية قول
مالك وجميع اصحابه ان الشرط باطل جملة من غير تفصيل
حاشى مطرف فانه قال ان كان شرط عليه الضمان لامر خافه
من طريق مخوف او نهر او لصوص او ما اشبه ذلك فالشرط
لازم ان عطبت في الامر الذي خافه واشترط الضمان من
اجله وقال اصبغ لا شي عليه في الوجهين مثل قول مالك وجميع
اصحابه انتهى وقال في كتاب الرهون من الرهون وان استعرت
من رجل دابة على انها مضمونة عليك لم تضمنها انتهى تنبيهات
الاول اذا شرط المعير علي المستعير الضمان فيما يغاب
عليه مع قيام البينة فجعلها ابن رشد في المقدمات وفي سماع
اشهب من كتاب تضمين الصناع كما اذا شرط المعير علي المستعير
الضمان فيما لا يغاب عليه وجمعهما فقال قول مالك وجميع اصحابه
ان الشرط باطل قلت وفي عزوه بطلان الشرط لجميع اصحاب
مالك نظر لان اشهب يقول ان ضمان ما يغاب عليه من المستعير
ولو قامت البينة ولو لم يشترط المعير الضمان علي المستعير
فكيف اذا شرط ذلك المعير فتامله الثاني حكم الرهن كالعارية
قاله ابن رشد في سماع اشهب من تضمين الصناع ونصه اذا شرط
المعير او الراهن علي المستعير او المرتهن الضمان فيما لا يغاب عليه

من الحيوان او مع قيام البينة فيما يغاب عليه فقول مالك وجميع
اصحابه ان الشرط باطل حاشا مطرفا وذكر نحو ما تقدم ولم يذكر
مسيلة الرهن في المقدمات **قلت** وفيه من البحث ما تقدم
في مسيلة العارية والله اعلم **الثالث** قال ابن رشد في المقدمات
في كتاب العارية وفي سماع اشهب من كتاب تضمين الصناع
وينبغي اذا شرط المعير على المستعير الضمان فيما لا يغاب
عليه فابطل الشرط بالحكم على المستعير ان يلزم اجارة المثل في
استعماله العارية لان الشرط يخرج العارية عن حكمها وسنتها
الى باب الاجارة الفاسدة لان رب الدابة لم يرض ان يعيره اياها
الا بشرط ان يحرزها في ضمانه فهو عوض مجهول يرد الى المعلوم
انتهى **وما** ذكره ابن رشد مثل ما نقله اللخمي عن اشهب وجعله خلاف
مذهب المدونة **و**نصه في كتاب العارية **قال** ابن القاسم في كتاب
الرهن فيمن استعار دابة على انه غير مصدق في تلفها شرطه باطل
يريد انها تمضي على حكم العارية ولا ضمان عليه ولا اجر **وقال** اشهب
عليه اجارة المثل فيما استعملها فيه وراها اجارة فاسدة فعلى قوله
ترد قبل الاستعمال ويجري فيها قول ثالث ان المعير قبل الاستعمال
بالخيار فان اسقط الشرط والا ردت فان فاتت بالاستعمال
لم يغرم شيا لانه لم يدخل على اجارة وانما هو واهب منافع والضياع
طاري يكون او لا يكون والسلامة اغلب فكان حمله على المعروف
اولى وقول رابع انها مضمونه بما شرط لانه الواجب في احد قولي
مالك من غير شرط فقد دخلا على التزام احد القولين انتهى **و**نقل الشيخ
ابو

ابو الحسن في كتاب العارية كلام ابن رشد واللخمي وجعل كلام ابن رشد
مخالفا للمدونة فتامله **فرع** اذا شرط رب الوديعة على المودع
ان يضمنها اذا ضاعت فشرطه باطل كما تقدم في كلام ابن يونس
لانه مخالف لاصل سنة الوديعة **وصرح** بذلك الشيخ خليل في
مختصره **فرع** الصناع ضامنون لما غابوا عليه عملوه
باجر او بغير اجر الا ان تشهد بينة بتلفه **قال** في المقدمات
فان اشترط الصانع انه لا ضمان عليه لم ينفعه شرطه وكان عليه
الضمان هذا قول مالك في المدونة **و**في سماع اشهب من كتاب
تضمين الصناع **و**ينبغي على هذا القول ان يكون له اجرة مثله
لانه انما رضي بالاجر المسمى لاسقاط الضمان عنه **وقال**
اشهب ينفعه الشرط ويسقط عنه الضمان فعلى قوله يكون له
الاجر المسمى **و**نقله ابن عرفة واسقط منه لفظة ينبغي **فقال**
بعد ان ذكر القولين ابن رشد فعلى الاول له اجرة المثل وعلى الثاني
المسمى انتهى **وقال** اللخمي **قال** مالك وابن القاسم في كتاب محمد اذا اشترط
الصانع ان لا ضمان عليه فشرطه ساقط ولو مكنوا من ذلك ما عمل
احد منهم حتى يشترط ذلك ولا بد للناس من عمل ثيابهم **وقال**
الشيخ ابو محمد ذكر عن اشهب ان لهم شرطهم يريد ما لم يكثر ذلك منهم
وان كثر اشتراطهم سقط ولم يوف لهم بذلك **و**اختلف بعد القول
بان شرط لا يوفى به فقيل الاجارة لازمة وشرطه باطل **و**قيل ان
اسقط الصانع الشرط صحت الاجارة وان تمسك به فسخت
ان لم يعمل فان عمل كان له الاكثر من المسمى او اجارة المثل ويجري فيها

Copyright © King Saud University

قول ثالث ان الاجارة فاسدة تنفسخ مع القيام وان اسقط الشرط
ويكون له مع الفوات اجرة المثل قلت او كثرت انتهى قلت
وظاهر الرواية ان الشرط باطل والاجارة لازمة ولا يزاد على المسمى
تنبيه ظاهر كلام ابن الحاجب ان القول بصحة الشرط
رواه اشهب عن مالك وليس كذلك وانما هو قول اشهب وقد نبه
على ذلك ابن عرفة فقال ونقله ابن الحاجب رواية وقبوله ابن عبد السلام
وعزوها ابن شاس لاشهب لا اعرفه وسبقه الى ذلك الشيخ خليل
في التوضيح فرع الشروط في القراض على ثلاثة اقسام الاول
ما يفسد به القراض كاشتراط رب المال على العامل ان يكون
المال بيده من خياطة او خرز او غير ذلك او اشترط رب المال
على العامل ضمان المال فهذه الشروط كلها مفسدة للقراض فيفسخ
ان وقع فان فات بالعمل فمنهما ما يرجع فيه لقراض المثل ومنها
ما يرجع فيه لاجرة المثل وهذا مبين في كتاب القراض الثاني
ما لا يفسد به القراض ولكنه لا يلزم كما اذا ضاع بعض المال بيد العامل
قبل العمل او بعده او خسر او اخذه اللصوص او عاشر ظالما فقال
العامل لرب المال لا اعمل حتى تجعل ما بقي راس المال وتسقط
الخسارة ففعل ذلك واسقط الخسارة فهو ابدا على القراض الاول
وان حاسبه واحضره ما لم يقبضه منه قاله في المدونة الثالث
ما لا يفسد العقد ويلزم الوفا به كما اذا شرط ان الربح لاحدهما او
لغيرهما كما تقدم في الباب الاول وكما اذا شرط احدهما على الاخر
زكاة الربح فانه جايز ويلزم فان وجبت الزكاة اخرجت من حصة
من

اوان يراجعه اوان يجعل عليه امينا اوان يعمل العامل بيده صح

من شرطت عليه وان لم تجب فانها تكون للمشترط زيادة
على حصته والله اعلم فرع المشروط في الوقف على ثلاثة
اقسام الاول ما يفسد به الوقف كشرط النظر لنفسه
او تخصيص البنات دون البنين الثاني ما لا يفسد به
الوقف ولا يلزم الوفا به كما اذا شرط الواقف عمارة ما خرب
من الوقف على المستحقين للوقف فان الشرط يبطل ويعمر
من غلته وكما اذا شرط الواقف ان لا يبدا باصلاح الوقف
ونفقته الثالث ما لا يفسد الوقف ويلزم الوفا به وهو
كثير مبسوط في كتب الوقف فرع الشروط في الهبة
على اربعة اقسام الاول ما تفسد به الهبة كشرط ان لا
تحاز عن الواهب والثاني ما يجبر الواهب في اسقاطه
فتصح الهبة او التمسك به فتبطل والثالث ما لا
يفسدها ولا يلزم الوفا به والرابع ما لا يفسدها ويلزم
الوفا به واختلف فيمن وهب لرجل هبة او تصدق على
رجل بصدقة على انه لا يبيع ولا يهب على خمسة اقوال
وذكر ابن رشد في رسم ان خرجت من سماع عيسى من
كتاب الصدقات والهبات الاول ان الهبة والصدقة
لا تجوز الا ان يشا الواهب او المتصدق ان يبطل الشرط
ويمضي الصدقة والهبة فان مات الواهب او المتصدق
او الموهوب او المتصدق عليه بطلت الصدقة او الهبة
وهو ظاهر قول مالك في هذه الرواية ومثله قول ابن القاسم

Copyright © King Saud University

في الرجل الذي يتصدق على الرجل بالشي على انه ان باعه فهو احق به
بثمن او بغير ثمن قال ليست هذه الصدقة بشي
ومثله قول ابن القاسم في الذي يتصدق بعبده على انه يخدمه
يومين في كل جمعة انها ليست بصدقة فان مات المتصدق
فالهبة على هذا القول على الرد ما لم يجزها و يمضيها بترك
الشرط القول الثاني ان الواهب مخير بين ان يسترد
هبته او يترك الشرط او ورثته بعده ما لم ينقض امره بموت
الموهوب فيكون ميراثا عنه فالهبة والصدقة على هذا القول
على الاجازة ما لم يردها الواهب او ورثته بعده قبل فواتها
بانقضا امد الشرط وهو موت الموهوب الذي حجر عليه الهبة
والبيع طول حياته وهو قول اصبغ بعد هذا من سماعه
والقول الثالث ان الشرط باطل والهبة جايزة وهذا
القول ياتي على ما في المدونة في الذي حبس الدار على ولده
وشرط ان ما احتاجت اليه من مرمتها عليهم ان الدار
تكون حبسا ولا يلزمهم ما شرط عليهم وتكون مرمتها من
غلتها وقد قال ابن المواز انما ذلك اذا حيز الحبس وفات
بموت المحبس واما قبل ذلك فيرد الا ان يسقط الذي
حبسها شرطه وتاويله بعيد في اللفظ غير صحيح في المعنى
لانه اذا جعل للمحبس حقا في شرطه وجب ان يترك ورثته
منزلته فيه والقول الرابع ان الشرط عامل والهبة
ماضية فتكون الصدقة بيد المتصدق عليه بمنزلة الحبس

لايبيع

لا يبيع ولا يهب حتى يموت فاذا مات ورث عنه على سبيل
الميراث وهو قول عيسى ابن دينار في هذه الرواية وقول
مطرف في الواضحة وهو اظهر الاقوال واولاها بالصواب
لان الرجل له ان يفعل في ماله ما شا ان شا بتله للموهوب
ابدا او المتصدق عليه من الان وان شا اعطاه المنافع طول
حياته وجعل المرجع بعد موته له يقضي منه دينه
ويرثه عنه ورثته لما له في ذلك من الغرض او يستديم
الانتفاع بما وهبه ويرى اثر هبته عليه والقول
الخامس قول سحنون يكون ذلك حبسا على الموهوب
له او المتصدق عليه بما شرط من ان لا يبيع ولا يهب
فاذا مات المتصدق عليه على هذا القول رجع ذلك مرجع
الاحباس على الخلاف فيه وقول سحنون هذا معارض
لقوله في نوازله في الذي يتصدق على رجل بعبد على ان لا
يبيعه ولا يهبه سنة وهذه الاقوال كلها تدخل في
مسيلة سماع سحنون في الذي يتصدق على الرجل بالشي
على انه احق به ان باعه بثمن او بغير ثمن الاقوال
سحنون انتهى قلت يعني القول بان ذلك الشي
يكون حبسا وهو ظاهر وكذلك مسيلة نوازل سحنون
يعني من وهب لرجل عبدا او تصدق به عليه ان لا
يبيعه ولا يهبه سنة ثم هو له بعد السنة يصنع به
ما شا يجري فيها الاقوال الاربعة ولا يجري فيها قول سحنون

Copyright King Saud University

المحبس ومثل ذلك مسيلة رسم الكرا والاقضية من سماع اصبغ
فيمن تصدق على رجل بعبد واشترط عليه ان يخدمه يومين في
كل جمعة قال ابن القاسم فيما ليست بصدقة قال ابن رشد انما
راي ان الشرط تفسد الصدقة لانه لما شرط من خدمته يومين
من كل جمعة فقد حجر عليه التصرف في صدقته بالسفر بها والوطي
لها ان كانت امة والتفويت فصار كمن تصدق بصدقة وشرط على
المتصدق عليه ان لا يبيع ولا يهب الا ترى انه لما كان الحبس لا يباع
ولا يوهب اجاز فيه هذا الشرط على ما في سماع ابي زيد واجاز
ابن كنانة هذا الشرط في الحبس والصدقة وقال انه لا يفسد
الصدقة بل يشدها والمعنى عندي فيما ذهب اليه انه راه شريكا
معه في رقبة العبد بما استثني لنفسه من خدمته ولذلك اجازه
في الصدقة والحبس انتهى فاشار الى ان هذه المسيلة الاولى تجري فيها
الاقوال الاربعة قلت واظهر الاقوال الاربعة الجارية على مذهب
المدونة صحة الهبة والصدقة وبطلان الشرط لانه شرط مخالف
لمقتضى العقد لما فيه من التحجير الا ترى انه لا يجوز له وطي الامة
فالظاهر بطلان الشرط وقال في كتاب الهبة من المدونة ومن وهب
لرجل هبة على ان لا يبيع ولا يهب لم يجز الا ان يكون سفيها او صغيرا
فيشترط عليه في ولايته فيجوز وان شرط ذلك عليه بعد زوال الولاية
لم يجز كان ولد الواهب او اجنبيا انتهى فتكلم على الحكم ابتداء ولم يبين
الحكم بعد الوقوع وقال ابو الحسن الصغير انظر بماذا يفسر الكتاب
والاقرب ان يكون مثل ما في العتبية انه يخير الواهب فان بتلها
والا

والانقضت انتهى والقول الذي اختاره ابن رشد اختاره اللخمي ايضا
ووجهه بما وجهه به ابن رشد ولا شك ان له وجها من النظر ظاهرا
لكن الاظهر عندي بطلان الشرط وصحة العقد كما تقدم والله اعلم
تنبيه قال المشذالي قوله في المدونة في المسيلة السابقة الا ان يكون
سفيها او صغيرا قال ابو عمران انظر ما معناه والصغير والسفيه
لا يجوز بيعهما ولا هبتهما فشرط امره لا قال ابو عمران لعله اراد
ان لا يباع عليه اذا احتاج الى النفقة لان لوليه بيع عروضه للنفقة
فشرط ان لا يباع ويباع غيرها ان وجد قال القابسي الهبة جايزة وهي
كالحبس المعين ومن وهب هبة لسفيه او يتيم وشرط ان يكون بيده
ومطلقة عليه وانه لا نظر لوصيه فيها نفذ ذلك الشرط انتهى
قلت في هذا نظر لانه شرط لا يجوز لانه اضاعة المال لا تجوز واطلاق
يد السفيه على المال اضاعة له فتامله والصواب بطلان الشرط والله اعلم
فرع قال ابن القاسم في رسم الجواب من سماع عيسى من الكتاب المذكور
فيمن تصدق بجارية على رجل على ان يتخذها ام ولد لا يحل له وطيها على
الشرط وان وطيها فهي له حملت او لم تحمل ولا قيمة عليه قال ابن رشد
يعني لا يجوز له وطيها حتى يوقف المتصدق اما اسقط شرطه او
استرد الجارية فان مات قبل ان يوقف على ذلك يخرج ذلك على قولين
احدهما ان ورثته ينزلون منزلته في ذلك فيخيرون في اسقاط الشرط
او رد الجارية ما لم تفت بالوطي على مذهب ابن القاسم وعند اصبغ انما تفوت
بالحمل والثاني ان الصدقة تبطل ان مات قبل ان تفوت الجارية بوطي
او حمل على اختلاف قول ابن القاسم واصبغ فالصدقة على القول الاول

١٤٢
١٤٤

لعله العقد

Copyright © King Saud University

علي الاجازة حتي يرد وعلي القول الثاني علي الرد حتي تجاز ويتخرج في
المسيلة قول ثالث وهو ان تجوز الصدقة ويبطل الشرط قياسا علي مسيلة
الحبس يعني اشتراط الترميم علي المحبس عليهم انتهى ونقل اللخمي قول ابن
القاسم واصبغ ثم قال ولو افاتها المعطى له بعتق او تدبير او بيع لزمته
قيمتها لانها فاتت في غير ما اعطيت له انتهى قال ومن تصدق
علي ولده الكبير بصدقة علي انه لا يرث منه شيا فالصدقة باطلة وان
قرب فالصدقة جايزة والشرط باطل علي ما قاله مطرف وابن الماجشون
واصبغ واختلف ان كانت الصدقة علي صغير فقال اصبغ هو
بمنزلة الكبير واختاره ابن حبيب وقال ابن الماجشون الصدقة
ماضية والشرط باطل كان الشرط مع الصدقة او بعدها وقال
مطرف ان كان الشرط مع الصدقة او في فورها في اليومين فالصدقة
باطلة وان تباعد ذلك فالصدقة ماضية والشرط باطل وهذا اضعف
الاقوال وبالله التوفيق قلت اما بطلان الصدقة اذا كان
الشرط في اصل عقدها فظاهر لانها معاوضة مجهوله فتامله والله اعلم
فرع قال اللخمي ان قال ان مت انت رجع العبد الي وان مت انا
قبل كان لك فانه يمضي علي ما شرط وكان العطية قد تضمنت عمري
ووصية فان مات المعطى قبل ردت الي المعطي لانها عمري وان مات
المعطي قبل كانت في ثلثه قال ابن القاسم في العتبية وسوا حيزت العطية
او لم تحز لان الوصايا وساير ما يخرج من الثلث لا يحتاج الي حوز
قال اصبغ وليس له ان يحولها عن حالها يريد انه اوجب الوصية
كالمدبر ان قال اهبك العبد علي ان مت انا قبل يرجع العبد الي
وان

وان مت انت قبل كان لورثتك كان علي ما شرط وقال المعين في كتاب
المدنيين فيمن وهب امة واشترط لنفسه كل ولد تلده
فهو حلال جايز وقد يهب الرجل الحايط ويشترط ثمرته يريد
اشتراط الثمرة السنة والسنتين ولا يجوز فيما كثر ويجوز
في الولد وان طالت السنون لان المقصود منها المنافع والخدمة
وهي للموهوب له والولد تبع ليس بمقصود وقد يكون
او لا يكون انتهى والله اعلم فرع قال في المدونة ولا
يعتصر الابوان ما تصدقا به قال المشذالي ظاهره
ولو شرطا الاعتصار المتيطي اذا شرط الاب في صدقته
الاعتصار فقال ابن الهندي له ذلك وحكاه الباجي ايضا
في وثايقه وقال غيره شرطه لا يجوز ابن الهندي فان قيل
كيف يجوز له ان يشترط الاعتصار في الصدقة وهي لا تعتصر
قيل له وسنة الحبس لا يباع فاذا شرط المحبس في نفس
الحبس كان له شرطه ابن رشد والاعتصار لا يكون في الصدقات
الا بشرط انتهى فرع اذا شرط علي القاضي ان يحكم بمذهب
امام معين فقال في الجواهر ناقلا عن الطرطوشي ما نصه
فان شرط علي القاضي ان يحكم بمذهب امام معين من ايمة
المسلمين ولا يحكم بغيره فالعقد صحيح والشرط باطل كان
موافق المذهب الشرط او مخالفا له قال واخبرني القاضي
ابو الوليد قال كان الولاة عندنا بقرطبة اذا ولوا القضا
رجلا شرطوا عليه في سجله ان لا يخرج عن قول ابن القاسم

Copyright © King Saud University

ما وجده قال هستاذ وهذا جهل عظيم منهم انتهى ونقله الشيخ
خليل في التوضيح عنه وهو خلاف ما نقله ابن فرحون في
تبصرته في الباب الرابع من القسم الاول عن الطرطوشي ان
العقد باطل والشرط باطل سوا قارن الشرط عقد الولاية
او تقدمه ثم وقع العقد قال وقال اهل العراق تصح الولاية
ويبطل الشرط دليلنا ان هذا الشرط مناف لمقتضي العقد
لان العقد يقتضي ان يحكم بالحق عنده وهذا الشرط قد حجر
عليه فانظر ذلك تنبيه قال ابن فرحون وكلام الشيخ
ابي بكر الطرطوشي في القاضي المجتهد ولم يتعرض للقاضي
المقلد في زماننا وسياتي الكلام على ذلك انتهى قلت
لان الشرط الذي عده منافيا لمقتضى العقد يصير في حق
المقلد من مقتضيات العقد والله اعلم فرع قال في
المدونة في كتاب العتق الثاني ومن قال لعبده انت حر الساعة
مثلا وعليك مايه دينار الى اجل كذا فقال مالك واشهب هو حر الساعة
ويتبع بالماية احب ام كره وقال ابن القاسم هو حر ولا يتبع
وقاله ابن المسيب انتهى وقال في النوادر من كتاب ابن المواز
ومن قال لعبده انت حر وعليك الف درهم فلا يرضى العبد فذلك
عليه وان كره قاله مالك وابن القاسم واشهب وابن وهب وعبد الملك
واصحابهم قال ابن القاسم وروي عن ابن المسيب انه حر ولا
شي عليه وهو احب الي ابن القاسم قال اصبغ لم اجد لهذا
اصلا وليس بشي ولم يختلف فيه قول مالك واصحابه واهل

المدينة

المدينة وقاله ابن شهاب وكانه باعه من نفسه وهو كاره فذلك لازم
كما يزوجه كرها وينزع ماله كرها قال محمد وكما له ان يلزمه
ذلك من غير حرية فلم تزده الحرية الا خيرا انتهى قال
ابن يونس ووجه قول ابن القاسم انه لا يكون حرا متبوعا لان
هذا من باب الاستسعا وكما لو اعتقه على ان يخدمه بعد
العتق سنة انه حر ولا شي عليه انتهى وقال في كتاب المكاتب
من المدونة وان كاتبه على خدمته شهرا جاز عند اشهب ولا
يعتق حتى يخدم شهرا وقال ابن القاسم ان عجل عتقه على خدمته
شهرا بعد العتق فالخدمة باطلة وهو حر وان اعتقه بعد الخدمة
لزمت العبد الخدمة مالك وكل خدمة اشترطها السيد بعد
اداء الكتابة فهي باطل وان شرطها في الكتابة فيودي العبد قبل
تمامها سقطت انتهى قال ابو الحسن الصغير قوله جاز عند اشهب
وكذلك يجوز عند ابن القاسم ويسال عما اراد هل تعجيل العتق ام لا
قال ابن يونس قال ابن القاسم يسال هل اراد تعجيل العتق او تاخيره
بعد الخدمة واشهب يرى ان العتق موخر بعد الخدمة كما هو
موخر بعد اداء الكتابة الا ان يشترط تعجيل العتق قبل الخدمة
فلا يجوز عندهما ويعتق مكانه وتسقط الخدمة ثم قال وكل
خدمة اشترطها السيد بعد اداء الكتابة فباطل الشيخ لان ما يلحقه
بعد الحرية هو من بقايا الرق فهو كمن اعتق بعض عبده فيستتم
عليه قوله فادى العبد قبل تمامها سقط قال ابن المواز كلما
اشترطه السيد في الكتابة من خدمة بدن او عمل يده فادى الكتابة

Copyright King Saud University

وبقي ذلك العمل وبعضه فانه ساقط ولا يودي لذلك عوضا لان
خدمة بدنه بقية من رقه فاذا دخلت الحرية رقبته سقط
كل رق بقي فيه وكذلك من بتل عتق عبده لم يجز ان يجعل عليه
خدمة يشترطها لان خدمته بقية من رقه فكما كان من اعتق
بعض عبده تستكمل عليه بقيته حتى لا يبقى فيه شي من الرق
فكذلك كل خدمة تبقى على مكاتب او على عبد بتل سيده عتقه
فهي ساقطة لان ذلك بقية من رقه انتهى **فرع** قال
في النوادر **و**من قال لعبده اعتقتك على ان لا تفارقني كان حرا
وشرطه باطل **قال** ابن القاسم **و**ان قال انت حر واخدم هذا
المحمود فهو حر ولا شي عليه الا ان يقول انت حر على ان تخدمني
سنة ولم يعجل الحرية قبل الخدمة فذلك عليه انتهى **فرع** قال
في كتاب العتق الثاني من المدونة ومن اعتق امة على ان ينكحها
او تنكح فلانا فامتنعت فهي حرة ولا يلزمها النكاح الا ان
تشا وكذلك ان قال رجل لرجل لك على الف درهم على ان تعتق
امتك وتزوجنيها فاعتقها فهي حرة ولها ان لا تنكحه والالف
لازمة للرجل **وقد تقدم** الكلام على ذلك وعلى مسيلة عتقها
على اسقاط حضانتها في المسيلة الثانية عشر من الفصل الاول
من الخاتمة **فرع** قال في كتاب المدبر من المدونة ولا باس
ان تاخذ مالا على ان تعتق مدبرك وولاوه لك ولا احب ان
تبيعه ممن يعتقه انتهى **قال** الشيخ ابو الحسن انظر قوله لا احب
هل هو على بابه ام لا **و**نقله ابن يونس بلفظ لا يجوز ان تبيعه

قال

قال سحنون **قال** ابن شهاب وعمر ابن شعيب لا يباع الا من نفسه
قال الشيخ ابو الحسن كبيع العمرى من المعمر لتتخلص الرقبة
له فكذلك المدبر اذا اشترى نفسه ما للسيد عليه من الخدمة
لتتخلص رقبته **فرع** قال في كتاب المكاتب من المدونة ومن
كاتب امته على الف درهم نجمها عليها على ان يطاها ما دامت في الكتابة
بطل الشرط وجازت الكتابة وكذلك ان اعتق امته الى اجل
على ان يطاها او شرط على المكاتبة انما ولدت في كتابتها فهو عبد
فالشرط باطل والعتق نافذ الى اجله ولا تفسخ الكتابة كما لا افسخها
في عقد الغرر كما افسخ به البيع وكل ولد حدث للمكاتب من امته
او للمكاتبة بعد الكتابة فهو بمنزلتها يرق برقها ويعتق بعتقها
وان كاتبها او اعتقها واشترط جنينها بطل الشرط وتم العقد
انتهى **وقد تقدم الكلام** على مسيلة من التزم عدم الرجوع عن
وصيته في الباب الاول **والحمد لله** وحده **وصلى الله** على سيدنا
محمد وعلى اله وصحبه وسلم **وقد انتهى** الكلام فيما حررته من مسايل
الالتزام **وانتجز** الغرض الذي قصدته فيه من بيان الانواع
والاقسام **فجا** بحمد الله كتابا مفيدا في بابه عظيم النفع لمن
امعن النظر فيه من طلابه جمعت فيه فوايد غزيرة
وتحقيقات مفيدة وسفرت فيه عن نكت تستغرب
وتستبدع واوضحت فيه مشكلات ليس لها في كثير من
المصنفات مورد ولا مشرع **فنحمده** على ما من به من
الهام هذا التصنيف واتمامه على هذا الوضع والترصيف

Copyright © King Saud University

ونساله سبحانه ان يسهل علينا تحريره واتقانه وان يعصمنا
من الخطا والزلل وان لا يواخذنا بالتصحيح في القول والعمل
وصلى الله على سيدنا محمد وعلى اله وصحبه وسلم تسليما كثيرا تم كتاب تحرير الكلام
في مسايل الالتزام تصنيف الشيخ الامام العالم العلامة العمدة الفهامة
شمس الدين محمد ابن محمد ابن عبد الرحمن الحطاب الرعيني الخزرجي المالكي تغمده الله
برحمته واسكنه فسيح جنته ونفعنا والمسلمين ببركته امين في رابع
عشر شهر شوال من شهور سنة اثني عشر بعد الالف على يد افقر فقير واحوج
فقير رحمة ربه اسير جرايمه وذنبه الواثق بالله الغني الشريف عبد الفتاح
ابن الشيخ الامام والليث الهمام العالم العلامة والعمدة الفهامة سلطان زمانه
فريد عصره واوانه الشيخ شمس الدنيا والدين محمد الشبراوي الحنبلي فسح الله تعالى في مدته
واعاد علينا وعلى المسلمين من بركته امين
ابن الشيخ احمد ابن الشيخ حسن
رحمة الله تعالى عليهم
اجمعين
امين
م

يا من يعد بناظر فيما كتبت ومن ... اضحى يردد فيه طرفه نظرا
ناشدتك الله ان عاينت لي خطا ... فاستر فان خيار الناس من سترا

وله اخر

[illegible] سهوا فلا تعجل بسبك لي ... اني امرؤ ولست معصوما من الزلل

Copyright © King Saud University